GAI INSTITUTIONUM

COMMENTARIUS SECUNDUS

§§ 1—96 (Sachenrecht)

Text

mit Vorwort, Erklärung und Anhängen

von

Ferdinand Kniep

Professor der Rechte in Jena

Jena

Verlag von Gustav Fischer

1912

Wie ich in meiner Schrift 'Der Rechtsgelehrte Gajus und die Ediktskommentare' auszuführen versuchte und in der Vorrede zu Gai Institutionum commentarius primus aufs neue betonte, erblicke ich in den Institutionen des Gajus, wie sie die Veroneser Handschrift darbietet, keine einheitliche, von einem Verfasser herrührende Arbeit. Vielmehr haben wir es meines Erachtens mit einem Lehrbuche zu tun, an dem Jahrhunderte lang von verschiedenen, vermutlich Rechtslehrern, herumgearbeitet worden, ohne daß die Spuren vollständig verwischt wären.

Gegen diese meine Auffassung hat Martin Fehr Z. R.G. Bd. 45 S. 390 flg. Widerspruch erhoben, indem er die herrschende Ansicht zu verteidigen bemüht ist, freilich in etwas eigenartiger Formulierung. Er stellt den Satz auf: 'daß die Institutionen ein einheitliches Werk sind, dem im großen und ganzen für die Zeit des Gajus voller Beweiswert gebührt'.

Also nur 'im großen und ganzen' wird für die Einheitlichkeit 'voller Beweiswert' in Anspruch genommen. Dann muß diese Einheitlichkeit doch auch ihre Ausnahmen haben. In dieser Beziehung wird von M. Fehr eingeräumt; 'daß Gajus eine Vorlage benutzt hat'; . . 'daß vereinzelte unbearbeitete Ueberbleibsel der Vorlage noch im Text zu finden sind'; und ebensowenig in Abrede genommen 'das Vorkommen vereinzelter nachgajanischer Glosseme'.

Diese Zugeständnisse sind keineswegs gering zu veranschlagen. Denn soweit sich noch unbearbeitete Ueberbleibsel der Vorlage im Texte finden, und soweit nachgajanische Glosseme

vorkommen: liegt doch keine Einheitlichkeit vor, sondern eine Zwiespaltigkeit, genauer gesprochen Dreispaltigkeit. Der Gegensatz hört damit auf, ein qualitativer zu sein, und ist zu einem quantitativen geworden.

Es handelt sich somit darum, festzustellen: wie weit dies Gebiet reicht, welchem für die Zeit des Gajus voller Beweiswert zukommt. Ein unbestimmtes 'im großen und ganzen' ist nicht ausreichend. Jedenfalls kommen hier in Betracht die Sätze, die Gajus entweder selber hingefügt oder geändert hat. Bei den Sätzen der Vorlage kann zweifelhaft werden, ob sie noch zur Zeit des Gajus; und bei den nachgajanischen Zutaten, ob sie schon zur Zeit des Gajus geltendes Recht waren.

Ich bin bemüht gewesen, die Gajanischen Zutaten abzusondern. Ich war der Ansicht und bin der Ansicht, daß diese Arbeit einmal versucht werden muß. Ob ich in jeder Beziehung das Richtige getroffen habe, das ist eine andere Frage. Auf Einzelheiten will ich hier nicht näher eingehen. Voller Beweis nach allen Richtungen hin kann für eine solche Arbeit nicht verlangt werden. Im allgemeinen handelt es sich hier lediglich um Möglichkeiten, die sich bald auf eine größere, bald auf eine geringere Wahrscheinlichkeit stützen lassen.

Allerdings hat sich die Auffassung, daß uns ein einheitliches Werk in der Veroneser Handschrift erhalten sei, einmal festgesetzt. Sämtliche bisherige Herausgeber sind davon ausgegangen. Ein eigentlicher Beweis ist aber nie erbracht worden, man hielt es für selbstverständlich. Ganz im Gegenteil sind sogar mit der Handschrift, sofern sie sich spröde erwies, verschiedene Aenderungen vorgenommen — von dem einen Herausgeber mehr, von dem andern weniger — um dieser Einheitlichkeitsvorstellung gerecht zu werden.

Fehr hat sein Augenmerk besonders auf die nachgajanischen Zutaten gerichtet. Ich möchte den nachgajanischen Bestandteilen keineswegs eine Hauptrolle zuerkennen. Nach allen Seiten hin sind die Spuren sorgfältig zu verfolgen, die uns hinweisen auf den allmählichen Aufbau dieses Lehrbuches. Und

so wenig wir geneigt sein werden, demselben wegen dieser seiner Beschaffenheit als Kunstwerk einen hohen Preis zuzuerkennen; um so wertvoller ist es aus demselben Grunde für die rechtsgeschichtliche Forschung. Denn dieses allmähliche Nachtragen von Rechtssätzen gestattet weitere Schlüsse auf die allmähliche Entstehung.

Wer umgekehrt alles, was bei Gajus als geltendes Recht erscheint, für gleichwertig, insonderheit gleichzeitig ansehen wollte, würde sich auf unsicherer Grundlage bewegen.

Von diesen Gesichtspunkten geleitet, trete ich jetzt heran an die Betrachtung des Sachenrechtes, wie es uns in der Veroneser Handschrift überliefert worden.

Jena, im Juli 1912.

Inhalt.

⟨Commentarius secundus.⟩ [1]

⟨**1.** Superiore commentario de iure persona- Hs. S. 55
rum⟩ [2] exposuimus; modo uideamus de rebus, quae uel in nostro patrimonio sunt uel extra nostrum patrimonium habentur [3].

2. Summa
itaque [4]
rerum diuisio in duos articulos [5] diducitur: nam aliae sunt diuini iuris, aliae humani. **3.** Diuini iuris sunt ueluti res sac⟨rae⟩ et religiosae. **4.** Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis manibus relictae sunt.

5. Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ⟨ex⟩ auctoritate populi Romani consec⟨rat⟩um est: ueluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. **6.** Religiosum uero nostra uoluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat.

---

1) Vgl. wegen dieser Ergänzung Bd. 1 S. 1 Anm. 1.

2) So ergänzt schon Goeschen auf Grund von I. I. pr. de rer. diu. II, 1 Superiore libro de iure personarum und Ep. II, 1 pr. Gaius superiore commentario de iure personarum.

3) Das Superiore commentario, das wir mit Goeschen einzusetzen haben, weist uns auf Gajus hin: siehe Der Rtsg. Gaj. S. 33. 58. Zudem ist hier ein neuer Anfang einem älteren vorgesetzt.

4) Mit dem itaque verhält es sich ähnlich wie mit dem autem I, 2.

5) Das Wort articulus findet sich nach V. I. R. I, 502 zuerst bei Julian und Pomponius. Bei Gajus kommt es sonst nicht vor. Er wird es hier schon vorgefunden haben; vielleicht ist es aber dem Grundstock noch fernzuhalten.

7. Sed in prouinciali solo[1]) placet[2]) plerisque solum religiosum non fieri, quia[3]) in eo solo dominium[4]) populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usum fructum habere uidemur[5]): utique tamen etiamsi non sit religiosus[6]), pro rel⟨ig⟩ioso habetur. 7a. Item quod in prouincis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.

8. Sanctaeque quoque[7]) res uelut muri et portae quodammodo diuini iuris sunt[8]).

9. Quod autem ⟨di⟩uini iuris est[9]), id nullius in bonis est. Id uero quod humani || ⟨iuris est, plerumque alicuius HS. in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse. Nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt[10]): ueluti si extraneus heres institutus sit et dubitatur, utrum scriptus an legitimus heres succedere debeat[11]) . . .⟩[12]) ue domino.

1) Gajanisch: siehe Rtsg. Gaj. S. 66.
2) Gajanisch: siehe Rtsg. Gaj. S. 61.
3) Gajanisch: siehe Rtsg. Gaj. S. 62.
4) Gajanisch: siehe Rtsg. Gaj. S. 64.
5) Gajanisch: siehe Rtsg. Gaj. S. 63.
6) Nämlich usus fructus. Kr. und Huschke, S. K. religiosum.
7) HS. qqque. Goeschen begnügt sich mit Sanctae quoque. Danach wäre ein q zuviel gesetzt. Vgl. aber z. B. Ulp. 11, 20: ut etiam in prouincia quoque. Möglich wäre auch die Auflösung quoque quae.
8) HS. iuri s . . t = iuri sunt. Das s statt ss: siehe Bd. 1 S. 336.
9) HS. iurie ē = iurie est. Blasses e statt s.
10) Bis hierher Ergänzung von Goeschen auf Grund von Gai. fr. 1 pr. de diu. rer. 1, 8.
11) ueluti . . debeat ergänzt in Gemäßheit von ep. II, 1 § 1.
12) Auf S. 56 der HS. sind die ersten elf Zeilen mit Ausnahme weniger Buchstaben nicht zu lesen. Was der mit ue domino beginnenden zwölften Zeile unmittelbar voraufging, bleibt zweifelhaft. Vielleicht läßt das folgende Hae autem quae humani iuris den Schluß zu, daß hier noch einmal der res diuini iuris gedacht worden. Das

10. Hae autem quae humani iuris sunt ⟨res pu⟩[1])blici[2]) sunt aut priuatae.

11. Quae publicae sunt, null⟨ius ui⟩d e n t u r[3]) in bonis esse, ipsius enim uniuersitatis ⟨e⟩ss⟨e c⟩ r ⟨e⟩-d u n t u r[4]); priuatae sunt, quae singulorum homin⟨um sunt⟩.

12. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. **13.** Corporales[5]) hae[6]), quae tangi possunt: uelut fundus homo uestis aurum argentum

et denique[7]) aliae res innumerabiles[8]).

14. Incorporal⟨es sunt⟩ q⟨uae⟩ tangi non possunt. Qualia sunt ea quae iure consistunt: sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem per⟨tinet, quod in hereditate res corporales con⟩[9])tinentur; et fructus qui ex fundo percipiunt⟨ur⟩ corporales ⟨sunt⟩; et quod ex aliqua obligatione nobis debe⟨tur, id⟩[9]) ||
plerumque corpo⟨rale est, ueluti⟩[9]) fundus homo pecunia: HS. S. 57
nam ipsum ius successionis[10]) et ipsum iu⟨s⟩ u⟨ten⟩di

---

religiosum facere könnte eine nähere Bestimmung gefunden haben wie bei Marcianus fr. 6 § 4 de diu. rer. 1, 8. Etwa in folgender Weise: ⟨in commune autem sepulcrum etiam inuitis ceteris licet inferre; in alium locum licet inferre concedente volente⟩ue domino.

1) Kr. aut pu. Allein das res ist kaum zu entbehren, Huschke schiebt es hinter autem ein.

2) Bei publici wäre iuris zu ergänzen. Man hat wohl nicht nötig, mit Gai. fr. 1 pr. de diu. rer. 1, 8 publicae zu schreiben.

3) Gajanisch: siehe zu II, 7.

4) HS. r. dunt.

5) Die HS. setzt das corporales nur einmal.

6) Gai. fr. 1 § 1 de diu. rer. 1, 8 und I. I. II, 2 § 1: hae sunt.

7) Gajanisch: Rtsg. Gaj. S. 59.

8) HS. in. merauiles = inumerabiles statt innumerabiles.

9) Ergänzt auf Grund von fr. 1 § 1 de diu. rer. I, 8 und I. I. II, 2 § 2.

10) Das ius successionis klingt etwas modern. Vgl. über den Begriff successio Leist, Fortf. Bd. 2 S. 276 flg. Auf alle Fälle wird dieses ius successionis dem Grundstock fernzuhalten sein.

fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. ⟨Praediorum urbanorum iura sunt: uelut ius⟩[1]) altius tollend⟨i aedes et offici⟩[2])endi[3]) luminibus uicini; aut aedes[4]) ⟨suas⟩ non extollendi, ne luminibus uicini officiatur.

Item fluminum et stilicidiorum idem[5]) ius, ut ⟨flume⟩n ⟨uel stilicidium quis in⟩ aream ⟨uel aedes suas recipiat uel non recipiat[6]).

Praediorum rusticorum iura sunt: ueluti iu⟩s ⟨eundi uel⟩ ius ⟨pecoris appellendi ad aquam⟩ uel ius aquae ducendae[7]).

⟨Haec iura praediorum urbanorum et rusticorum⟩ seruitutes uocantur[8]).

14a. Es⟨t et alia rerum diuisio: nam aut mancipi sunt aut⟩[9]) nec mancipi. Mancipi sunt ⟨praedia, quali⟩s ⟨est fundus in Italico solo⟩, item aedes in Italico solo. ⟨Serui quoque et animali⟩a, ⟨quae dor⟩s⟨o colloue domantur, uelluti boues equi muli asini, mancipi sunt.

---

1) Ergänzung von P. Krüger.

2) So Kr. Huschke S. K. tollendo aedes suas officiendi.

3) Statt endi hat die HS. blasse und unsichere Buchstaben, von denen das d am wenigsten unsicher.

4) HS. aedes = aut edes = aut aedes. Kr.: aedium aut statt aedes suas.

5) Mit dem idem ius soll wohl darauf hingewiesen sein, daß bei flumina und stilicidia die Dienstbarkeit ebenso wie bei den lumina sowohl einen positiven wie negativen Inhalt haben könne. Kr. ersetzt idem durch id est. Auffallen könnte allerdings das Fehlen des Prädikates. Daran ist aber um so weniger Anstoß zu nehmen, als die Häufung der Beispiele wie der mit Item in der HS. gemachte Absatz auf nachgajanischen Ursprung hinweisen dürften.

6) Wegen der Ergänzung verweise ich auf I. I. II, 3 § 1.

7) Vgl. epit. II, 1 § 3.

8) Vgl. I. I. II, 2 § 3. Den Worten seruitutes uocantur entsprechen die gelesenen Buchstaben der HS. nur teilweise.

9) Aehnlich ergänzt Kr.

item iura praediorum rusticorum), sed praediorum urbanorum nec mancipi (sunt)[1]. Item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt[2].

15. Sed quod diximus (ueluti boues equ)os (mulos asinos) mancipi esse, n(ostrae quidem scholae auctores non postquam ea animalia domita sunt, sed)[3] || statim, ut nata sunt, mancipi esse putant[4]. Nerua[5] uero et Proculus et ceteri diuersae scholae[6] auctores[7] non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam[8] feritatem domari non possunt, tunc uideri[9] mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem peruenerint, qua[10] domari solent[11]. HS. S. 58

16. Item ferae bestiae nec mancipi sunt, uelut ursi leones; item ea animalia, quae fere bestiarum numero sunt, ueluti elephanti[12] et cameli.

Et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsoue domari so(le)n(t): nam ne unum[13] quidem eorum

---

1) Für die Ergänzung kommt vor allen Dingen in Betracht Ulp. 19, 1.

2) Die beiden ausgerückten Sätze werden nachgajanische Zutat sein, denn mit dem folgenden Sed quod diximus schließt Gajus unmittelbar an das Voraufgehende an. Der erste Satz ist entwickelt aus dem § 17, der zweite entlehnt dem § 21.

3) Dem Sinne nach ergänzt ähnlich Kr.

4) HS. putantur.

5) Dabei haben wir an den Vater zu denken.

6) HS. scolae.

7) Gajanisch: siehe zu I, 196.

8) HS. minimiam. Der Schreiber hat vergessen, das zu früh gesetzte mi wieder zu tilgen.

9) Gajanisch: siehe zu II, 7.

10) HS. quia, Kr. qua, Huschke S. K. in qua.

11) Gajanisch: siehe zu I, 152.

12) HS. elefanti.

13) Studemund liest ne nom, erklärt aber die letzten vier Buchstaben für unsicher. Jedenfalls stehe nicht da notio noch notitia

animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse quasdam non mancipis[1]).

17. Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum: nam eas mancipi esse constat, quamuis sint ex numero rerum incorporalium.

18. Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi. **19.** Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. **20.** Itaque si tibi uestem uel aurum[2]) uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eiusdem dominus sim[3]).

21. In eadem || causa sunt p r o u i n c i a l i a[4]) HS.
p r a e d i a[5]), quorum alia stipendiaria alia tributoria uocamus.

Stipendiaria sunt ea, quae in his prouincis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his proninciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur[6]).

---

noch nullum. Kr. sucht ne nomen zu halten, indem er notum hinter tempore einschiebt.

1) Weder Gajus noch vor Gajus hat jemand von res non mancipi gesprochen. Die einzige Stelle, wo ich der res non mancipi begegnet bin, ist Boethius pag. 341: si quis rem non mancipi mancipauerit. Nun vollends res non mancipis! Das s der Genitivendung is wurde häufig nicht geschrieben: Neue-Wagener Bd. 1[3] S. 295. So mag der Nachgajaner mancipi für einen Genitiv von manceps gehalten haben.

2) HS. aurium.

3) HS. simm.

4) HS. prouinciali. Mithinüberzunehmen ist das a in praedia: siehe Bd. 1 S. 338.

5) Gajanisch: siehe zu I, 198.

6) Stipendiaria—creduntur bildet in der HS. einen besonderen Absatz. Deshalb möchte ich darin einen nachgajanischen Zusatz erblicken. An sich würden intelleguntur und creduntur auf Gajus hinweisen.

22. Mancipi uero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur;

unde[1]) etiam mancipi res sunt dictae.

Quod autem ualet mancipatio ⟨idem ualet et in iure cessio.

23. Mancipatio⟩ [2]) quidem, quemadmodum fiat, superiore commentario[3]) tradidimus.

24. In iure cessio autem hoc modo fit. Apud magistratum populi Romani uel[4]) praetorem urbanum aut peregrinum[5])

praesidem provinciae[6])

is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit 'Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio'; deinde postquam hic uindicaue⟨rit, praetor inter⟩[7])rogat eum qui cedit, an contrauindicet: quo negante[8]) aut tacente tunc ei qui uindicauerit eam rem addicit. Idque legis actio uocatur.

Hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum. 25. Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est[9]) necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem[10]) prouinciae agere.

---

1) Gajanisch: siehe zu I, 191.

2) Die Ergänzung geht bereits zurück auf Goeschen, der nur hinter cessio noch sed hinzufügte, wofür Lachmann et setzte.

3) Gajanisch: siehe zu II, 1.

4) Das handschriftliche u = uel ist zu halten: siehe zu I, 98.

5) Auflösung des handschriftlichen pr̄ durch Huschke S. K.

6) Ein nachgajanischer Zusatz, den Boethius pag. 322 wohl schon vorfand: so bereits Huschke[4] und Kr.

7) Ergänzt von Goeschen nach Boethius.

8) HS. negantte.

9) Was dem e in der HS. voraufgeht, soll wohl nur ein durchstrichenes i sein. Huschke[4]: interest ⟨nec⟩.

10) Gajanisch: siehe zu I, 200.

26. Quodsi neque mancipata neque in iure cessa sit res mancipi || ⟨sed tantum tradita, eius permanebit qui tra- HS.
didit, donec possidendo usucapta sit[1]⟩ — — — — —
quamuis domini ex iure Quiritium non efficiantur, ta⟩
men plena possessio concessa ⟨est et in rem actio da-
tur⟩ ex formula, qua hi qui⟨dem utuntur, qui — — —⟩[2])

— — Proculeian[3]) — —

fructus na[4])

Item adhuc i — — — — — — — — — ⟨admo⟩-
nend⟨i sumus[5]) — — — — — — — — — —⟩
non fuissent[6]) — — — — — — — — — — —
|| Sed Cass⟨ius[7]) — — — — — ex solo im⟩muni HS.

---

1) Auf eine derartige Ergänzung hat Huschke längst hingewiesen. Die Entstehung des bonitarischen Eigentums ist von Gajus II, 41 angereiht.

2) Die plena possessio concessa erinnert an das possidere concessum est bei Agenius Urbicus 63, 4—6 = Frontinus 36, 6—8. Gajus wird demnach weiter die Tradition der Provinzialgrundstücke besprochen und die formula angegeben haben, mittelst welcher das Eigentum hieran geltend gemacht wurde. Die Formel scheint einer anderen nachgebildet zu sein. Vgl. Erkl. 8.

3) So Huschke[4] statt des blassen Peucileian der HS.

4) Das blasse na der HS. ist vielleicht durch sta zu ersetzen und zu statim zu erweitern. Vgl. Gai. fr. 28 pr. de us. 22, 1, der von den Früchten sagt: statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Vielleicht berührte Gajus hier eine Streitfrage zwischen Proculejanern und Sabinianern. Vom gutgläubigen Besitzer heißt es bei Julian fr. 25 § 1 de us. 22, 1: in percipiendis fructibus id iuris habet quod dominis praediorum tributum est. Julian hatte vielleicht vor Augen die praedia stipendiaria et tributaria. Was den Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers anbetrifft, so verweise ich auf Czyhlarz, Forts. S. 469 f.; Girard-von Mayr, Gesch. u. Syst. S. 351 flg.

5) Das allerdings erst durch Ergänzung gewonnene admonendi sumus verrät uns Gajus, siehe zu I, 188.

6) Mit den zwischen nend und non gelesenen Buchstaben vermag ich nichts anzufangen.

7) Mit Cassius mag eine neue Streitfrage angeknüpft sein.

eximendus[1]) ⟨est ager, qui — — — — — — —⟩ est, quo nomine[2]) — — — — — — — — —⟩ praedium ini — — — — — — ⟨nec qui⟩dem ulla libera ciuitas — — — — — — — — — — — —

27. ⟨admo⟩nendi sumus[3]) ⟨secun⟩dum ⟨priscam linguam Italici soli nexum⟩ esse, prouincialis[4]) soli nexum non es⟨se[5]). Secundum nostram autem⟩ significationem solum Italicum mancipi est, prouinciale nec mancipi: aliter enim ueteri lingua actus quippe est nexum, quod nobis est mancipatio[6]).

28. Incorporales[7]) traditionem non recipere manifestum est[8]). Sed

29. Jura praediorum urbanorum in iure cedi possunt, rusticorum uero etiam mancipari possunt. **30.** Usus fructus in iure cessionem tantum recipit: nam[9]) dominus proprietatis ali usum fructum in iure cedere potest, ut ille usum fructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat[10]). Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usum fructum efficit, ut a se discedat et

---

1) HS. exmendus oder ähnlich.

2) Mit den Buchstaben der beiden folgenden Reihen vermag ich nichts anzufangen.

3) Wiederum ein durch Ergänzung gewonnenes admonendi sumus: siehe zu II, 26.

4) Gajanisch: siehe zu II, 21.

5) Vgl. Frontin. 36, 3: (agri) qui nexum non habent.

6) Bei Herstellung obigen Textes sind die von Goeschen und Studemund gelesenen Buchstaben benutzt bzw. durch ähnliche ersetzt. Italicum mancipi est hat bereits Kr.

7) Glaubt man res nicht entbehren zu können, so würde es wohl besser hinter als vor Incorporales eingeschaltet, da mit Incorporales in der HS. ein neuer Absatz anhebt.

8) Gajanisch: siehe zu I, 87.

9) HS. na a. E. einer Zeile.

10) Statt undeutlicher bzw. nicht gelesener Buchstaben bringt schon Goeschen retineat.

conuertatur in proprietatem; ali uero in iure cedendo nihilo minus ius suum[1]) retinet[2]).

C r e d i t u r[3]) enim ea cessione nihi agi[4]). **31.** Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, q u i a[5]) et ipsa praedia mancipationem || et in iure cessionem HS. S recipiunt; alioquin in p r o u i n c i a l i b u s[6]) praedis siue quis[7]) usum fructum siue ius eundi agendi aquamue ducendi uel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus uicini officiatur, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus[8]) id efficere potest.

quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut iure cessionem[9]) recipiunt[10]).

32. Et[11]) cum usus fructus et hominum et ceterorum animalium[12]) constitui possit, i n t e l l e g e r e[13]) debemus ho⟨rum bo⟩norum[14]) usum fructum etiam in

---

1) HS. sum.

2) HS. retinetur.

3) Gajanisch: siehe Erkl. 9 zu II, 11.

4) Sachlich stimmen überein I. I. II, 4 § 3. Eine andere Ansicht entwickelt Pomp. fr. 66 de iure dot. 23, 3: si extraneo cedatur . . nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum usum fructum.

5) Gajanisch: siehe zu I, 200.

6) Gajanisch: siehe zu II, 27.

7) So G o e s c h e n, HS. qus.

8) HS. sipulationibus.

9) Das iure cessionem statt in iure cessionem kommt mir verdächtig vor. Auch ist der ganze Satz nur eine Umkehrung des quia . . recipiunt im Anfange von § 31 und völlig überflüssig. An ein Glossem denkt schon R a b e l, Haftung des Verkäufers, Bd. 1 S. 63 Anm. 1.

10) HS. recipiuntur.

11) K r. und H u s c h k e schreiben Sed.

12) Die Sklaven wurden I, 119 als seruiles personae den Freien angereiht, hier erscheinen sie als eine Unterart der animalia.

13) Wohl Gajanisch: siehe zu I, 192.

14) Das honorum der HS. ist wohl zu horum bonorum zu er-

prouinciis[1]) per in iure cessionem constitui posse[2]).

33. Quod autem diximus[3]) usum fructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quod is[4]) etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse usus fructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud[5]) alium usus fructus, apud alium proprietas sit.

(De hereditatis in iure cessione.)

34. Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. **35.** Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam ali ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem[6]) uocatus esset. Post obligationem uero si cesserit, nihilo minus ipse || heres permanet et HS. S. 63 ob id a[7]) creditoribus tenebitur; debita uero pereunt eoque modo debitores hereditari[8]) lucrum faciunt; corpora uero eius

---

weitern. Bona wird auch gesagt von einzelnen Vermögensgegenständen, ich erinnere z. B. an das ui bonorum raptorum.

1) Gajanisch: siehe zu II, 31.

2) Auf die Möglichkeit dieser in iure cessio scheint erst Gajus aufmerksam gemacht zu haben. Vielleicht fand aber Gajus schon den Satz vor: Usus fructus et hominum et ceterorum animalium constitui potest.

3) Die HS. setzt ab bei diximus, was schon bei Quod autem hätte geschehen sollen.

4) HS. quod iis. Die meisten Herausgeber ändern in quamuis, Polenaar in quasi.

5) So Goeschen. HS. aput ut.

6) HS. heretem. —

7) Die bisherigen Herausgeber streichen dieses a. Ich wage nicht zu ändern: zumal III, 85 dieses a bestätigt, und das a creditoribus teneri 'von den Gläubigern gehalten, festgehalten werden' durchaus alter Rechtsübung entspricht.

8) Goeschen hereditarii.

hereditatis perinde [1]) transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa iure [2]) fuissent. **36.** Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam ali [3]) nihil agit [4]), postea uero quam adierit si cedat, ea [5]) accidunt quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem iure [6]) cedat. **37.** Idem et de necessaris [7]) heredibus diuersae scholae [8]) auctores existimant, quod nihil uidetur interesse, utrum [9]) adeundo hereditatem, (qui eam adeundi liberam habet pote)statem [10]), fiat heres, an inuitus existat [11]): quod quale sit, suo loco [12]) apparebit [13]). Sed nostri praeceptores putant, nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem [14]).

38. Obligationes quoquo modo [15]) contractae nihil eorum

---

1) Kr. u. a. proinde, das sich auch findet III, 85. Vgl. über diese beiden Partikeln Bd. 1 Erkl. 48 S. 237.

2) Das handschriftliche i haben die bisherigen Herausgeber fortgelassen, es kehrt auch nicht wieder III, 85; vielleicht ist es in iure aufzulösen. Es könnte dabei zugrunde liegen die Vorstellung, als ob von Rechts wegen die einzelnen Sachen eine Reihe von In Jure Cessionen verlangt hätten.

3) Goeschen alii. Siehe Neue-Wagener Bd. 2 ³ S. 535.

4) HS. agi. Das t wird nicht gesprochen sein.

5) ea in der Bedeutung von eadem.

6) Siehe zu § 31.

7) Goeschen necessariis.

8) HS. scole.

9) Hinter utrum findet sich III, 87 aliquis, das Kr. u. a. auch hier einschieben.

10) Goeschen änderte zunächst in statim, später warf er statem ganz ab. Huschke ⁴ versetzte statim hinter inuitus. Mir ist eine Lücke vor statem wahrscheinlicher.

11) HS. existant.

12) Siehe unten §§ 152 flg.

13) HS. appareuitur.

14) Die §§ 35—37 sind eine Umbildung bezw. Nachbildung von III, 85—87. Siehe darüber Rtsgel. Gaj. S. 51. 52.

15) Also wohl mit Einbegriff der Deliktsobligationen.

recipiunt[1]). Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus[2]), sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri: quae dicitur nouatio obligationis.

39. Sine hac uero nouatione non poterit (effici, ut possis)[3]) tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi[4]) cognitor || aut procurator[5]) meus HS. S. 64
experiri.

40. Sequitur, ut admoneamus[6]), apud peregrinos[7]) quidem unum esse dominium[8]): nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur[9]). Quo iure etiam populus Romanus olim[10]) utebatur: aut enim ex iure Quiritium[11]) unus quisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. **41.** Nam si tibi rem mancipi neque mancipauero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur; ex iure Quiritium uero mea per-

---

1) Mit recipiunt wird unmittelbar angeknüpft an das recipit des § 34.

2) Wir können: nämlich ego und tu. Goeschen ändert in possum.

3) Die bisherigen Herausgeber nehmen keine Lücke an, verwandeln aber poterit in poteris.

4) Gajanisch: siehe zu I, 193.

5) HS. procuratior.

6) Gajanisch: siehe zu II, 27.

7) Gajanisch: siehe zu I, 197.

8) Gajanisch: siehe zu II, 7.

9) Gajanisch: siehe zu II, 32.

10) Gajanisch: siehe zu I, 131.

11) HS. q̄r statt q̄.

manebit, donec tu eam possidendo usucapias[1]): semel[2]) enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa ⟨esset[3]).

42. Usucapio autem, quae est quibusdam ·casibus concessa⟩[4]), mobilium quidem rerum anno completur, fundi uero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est[5]).

43. Ceterum[6]) etiam earum rerum usucapio nobis conpetit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint hae[7]) res siue nec mancipi: si modo eas[8]) bona fide acceperimus, cum crederemus[9]) eum qui traderet dominum esse.

44. Quod ideo[10]) receptum uidetur[11]) ne rerum

---

1) HS. usucapia.

2) In Bezug auf dieses semel bemerken zu Huschke, Jurispr. anteiust.[6] pag. 109 S. et K.: 'semel' cum participio absoluto . . nescio an potius originem Graecam demonstrent quam Latinam.

3) Die den Zusammenhang unterbrechenden §§ 40. 41 sind später eingefügt, augenscheinlich von Gajus. Zum Teil ist nur wiederholt und vielleicht weiter entwickelt, was bereits § 26 vorgekommen war.

4) Daß hier etwas ausgefallen, hat bereits Goeschen wahrgenommen. Lachmann ergänzt: esset. Usucapio autem. Um die Zeile auszufüllen und einen Gleichlaut zu gewinnen, habe ich hinzugefügt: quae est quibusdam casibus concessa.

5) Der Inhalt der Zwölftafeln ist nicht genau wiedergegeben. Cic. Top. 4, 23 berichtet: at in lege aedes non appellantur. Die spätere Entwicklung wird hier, wie auch sonst, schon dem Gesetze selbst zugeschrieben.

6) HS. ceterarum, veranlaßt wohl durch das folgende earum. Im übrigen siehe wegen des ceterum zu I, 151.

7) HS. ae, Goeschen eae.

8) HS. ea, vielleicht veranlaßt durch das folgende bona. Außerdem ist zu bemerken, daß s vor b auch sonst ausfällt: Seelmann S. 316.

9) Gajanisch: siehe zu II, 30.

10) Gajanisch: siehe zu I, 166.

11) Gajanisch: siehe zu II, 15.

dominia[1]) diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut ‖ biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est[2]). HS. S. 65

45. Sed aliquando,

etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen[3])

illa[4]) usucapio (non) procedit: uelut si[5]) qui[6]) rem furtiuam aut ui possessam possideat[7]). Nam furtiuam lex XII tabularum usucapi prohibet, ui possessam lex Iulia et Plautia[8]).

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 40.

2) Für die spätere Einfügung der §§ 43. 44 kommt als äußerer Grund hinzu, daß sie in der HS. einen eigenen Absatz bilden.

3) Der in dem etiamsi-Satz enthaltene Gedanke wird veranlaßt sein durch die Einschiebung des § 43. Das maxime in der Bedeutung von utique, scilicet, ‘nämlich’ ist kein allzu häufiger Sprachgebrauch: siehe die Stellen bei Brissonius und Dirksen; findet sich aber auch sonst bei Gajus, z. B. fr. 28 § 2 de pactis 2, 14. Ein anderes maxime dieser Art bei Gajus fr. 9 de usurp. 41, 3 beruht nach Cujaz opp. I Sp. 675 auf Interpolation.

4) Goeschen illi. Das ill. der HS. ist aber wohl eher in illa als in illi aufzulösen, obwohl I. I. II, 6 § 1 illi bringen.

5) Die Anknüpfung mit velut si ist nicht altlateinisch und noch dem Cicero fremd: Schmalz, Lat. Synt.[3] S. 421. Möglich, daß Gajus den Satz schon vorfand. Entbehrlich wäre er jedenfalls gewesen.

6) Goeschen quis, Lachmann stellte aber das qui der HS. wieder her: habet enim Veron. codex quaedam satis antiqua, qualia sunt ‘proxume’ et ‘tum’ temporale. Kr., Huschke S. K. u. a. sind zum quis zurückgekehrt. Im Altlatein werden quis und qui nicht geschieden, und bis in das silberne Zeitalter gebrauchte man häufig qui statt quis; in der Volkssprache hat man überhaupt keinen Unterschied gemacht: Schmalz, Lat. Synt.[3] S. 359; Ramshorn, Lat. Gr. S. 570. Ein Beispiel aus Cicero bietet dar pro Sex. Roscio 38 § 111: si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset. Der Wechsel von quis und qui spricht mit dafür, daß der etiamsi-Satz später eingeschoben wurde.

7) HS. possideatur.

8) Den § 45 mag Gajus schon vorgefunden haben, wenn er auch nicht dem Grundstocke in dieser Weise angehört haben kann, wie

46. Item prouincilia[1]) praedia usucapionem non[2]) recipiunt.

47. Res mulieris, quae in agnatorum tutela erant[3]), res mancipi, usu capi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent[4]): id ita legem XII tabularum manifestum[5])[6]).

48. Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est[7])[8]).

---

die Bezugnahme auf die lex Iulia et Plautia dartut. Vielleicht beschränkte sich der Grundstock auf die res furtiua und war wesentlich kürzer gefaßt. Die lex Plautia wird ein älteres Gesetz sein, etwa aus dem Jahre 664/90 oder 667/87, welches später eine lex Iulia in sich aufnahm. Vgl. Karlowa R. R.G. Bd. 2 S. 409; Girard-v. Mayr S. 336 Anm. 1.

1) Gajanisch: siehe zu II, 32.

2) HS. usucapio n̄ statt usucapion·n̄ = usucapionem non.

3) Goeschen erat. Ob diese Aenderung nötig? Auch sonst erscheinen Sachen als Gegenstand der tutela. Man spricht von einer tutela uiae, aedificiorum: Celsus fr. 30 leg. 2; Ulp. fr. 7 § 16 sol. matr. 24, 3.

4) HS. traditaessent.

5) HS. m. f.

6) Der vorliegende § 47 ist von den bisherigen Herausgebern in verschiedener Weise umgestaltet worden: siehe die Zusammenstellung bei Dubois. In der Tat erregt mancherlei Anstoß. Das bloße tutore ohne auctore, sodann legem statt lege sind noch geringere Fehler. Mehr fällt auf, daß der Satz ganz unvermittelt angeschlossen wird. Merkwürdig nimmt sich aus die Einschiebung der res mancipi. Der mit id ita beginnende Schlußsatz hinkt nach. Das manifestum ohne est ist eine große Härte. Diese Häufung von Fehlern und Unregelmäßigkeiten bestimmt mich zu der Annahme, daß der ganze Paragraph eine spätere Umarbeitung erfahren hat. Das praeterquam wäre an sich gajanisch: siehe zu I, 192; aber auch alter Kurialstil: siehe Kalb RJ. S. 85. Sachlich werde ich mich mit diesem Paragraphen Erkl. 29 näher beschäftigen.

7) Gajanisch: siehe zu II, 28.

8) Der § 48 mit seinem Item schließt sich ebenso wie § 46 mit seinem Item dem § 45 an.

49. Quod ergo uulgo dicitur furtiuarum rerum et ui possessarum usucapionem per legem[1]) XII tabularum[2]) prohibitam esse, non eo pertinet, ut n⟨e ipse⟩ f⟨ur quiue⟩ per uim ⟨possi⟩det usucapere ⟨pos⟩[3])sit:

nam huic alia[4]) ratione[5]) usucapio non competit,
quia[6]) scilicet mala fide possidet;

sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapere[7]) ius habeat.

50. Unde[8]) in rebus mobilibus non facile p⟨rocedit, ut bonae fidei possessori usucapio co⟩[9])mpetat: quia[10])[11])

(qui alienam rem uendidit et tradidit furtum committit; idemque accidit etiam si ex ali⟨a⟩ causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam uel apud eundem posi-

---

1) HS. lege.

2) Karlowa R.RG. Bd. 2 S. 409 glaubt das XII tabularum vom Standpunkte des alten furtum-Begriffes aus erklären zu können, der sich mit auf Grundstücke erstreckte. Daß die mit Gewalt entrissenen Sachen einmal den res furtiuae untergeordnet wurden, will ich gerne glauben. Immerhin werden die Zwölftafeln die res ui possessae nicht besonders aufgeführt haben. Meines Erachtens verrät sich an diesem XII tabularum noch der alte Grundstock, der sich auf die res furtiuae beschränkte. Der Zusatz findet sich nicht I. I. II, 6 § 3.

3) Die Ergänzungen ergeben sich aus I. I. II, 6 § 3.

4) HS. ali.

5) Gajanisch: siehe zu I, 190.

6) Gajanisch: siehe zu II, 31.

7) Goeschen usucapiendi mit I. I. II, 6 § 3. Mir ist bedenklich, ob sich das ūc̄ der HS. so auflösen läßt. Wegen des Infinitivs vgl. Cic. de off. 1, 11 § 37: negat enim ius esse, qui miles non sit, cum hoste pugnare.

8) Gajanisch: siehe zu II, 22.

9) Die schon von Goeschen gebrachte Ergänzung sichern I. I. II, 6 § 3.

10) Gajanisch: siehe zu II, 49.

11) Die Einschiebung Unde bis quia verbindet zwei Sätze der Vorlage.

tam[1]) existimans eam esse here || ditariam uendiderit HS. aut donauerit, furtum non committit.

Item si is, ad quem ancillae usus fructus pertinet, partum (fetum) et[2]) suum esse credens[3]) uendiderit aut donauerit furtum non committit: furtum[4]) enim sine affectu furandi non committitur.

Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine uitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur[5]). **51.** Fundi quoque alieni potest aliquis sine[6]) ui possessionem namcisci[7]), quae uel ex neglegentia domini uacet,

uel quia[8]) dominus sine successore decesserit uel longo tempore afuerit[9]).

---

1) positam altertümlich für depositam, wie man sagte cernere für decernere: II, 164. Der Sprachgebrauch findet sich aber auch noch später, z. B. bei Scaeu. fr. 13 de us. 22, 1: si eam pecuniam positam habuisset. Andere Stellen bei Dirksen unter ponere § 2. Goeschen mit I. I. II, 6 § 4: eum depositam.

2) Das et ersetzt Goeschen durch etiam; es fehlt I. I. II, 6 § 5. Vielleicht ist fetum vor et ausgefallen. Vgl. Gai. libro secundo rer. cott. fr. 36 § 1 de usurp. 41, 3: partum eius existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad fructuarium pertinet.

3) Gajanisch: siehe zu II, 30; freilich heißt es statt dessen bei Gai. lib. sec. rer. cott. fr. 36 § 1 de usurp. 41, 3 existimans, aber hier geht kurz zuvor ein crediderit vorauf.

4) HS. urtum. Das f ist ein dem h verwandter Buchstabe: Seelmann S. 300.

5) Hier scheinen Beispiele fortgelassen zu sein. Gajus fr. 36 de usurp. 41, 3 hat eine Umarbeitung insofern vorgenommen, als er den allgemeinen Satz voranstellte und die beiden obigen Beispiele folgen ließ.

6) HS. aliquisine.

7) Die gewöhnliche Schreibweise ist nancisci. Vielleicht ist das m ebenso gerechtfertigt. Es wird sich um einen Mittellaut zwischen m und n handeln. Vgl. Seelmann S. 271 f.; Stolz, Hist. Gr. Bd. 1 S. 241.

8) Gajanisch: siehe zu II, 50.

9) Das longo tempore afuerit bereitet Schwierigkeiten, mit denen ich mich schon Vac. Poss. S. 23 näher beschäftigt habe. Wegen des

Nam [1]) si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor.

Et quamuis ipse, qui uacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fun(d)um, tamen [2]) nihil hoc deinde possessori [3]) ad usucapionem nocet [4]) [5]).

Inprobata sit [6]) eorum se(n)tentia, qui putauerint fundi furtum [7]) fieri po(ss)e.

52. Ru(r)sus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat: ueluti si rem hereditariam,

---

quia möchte ich annehmen, daß Gajus auch das zweite Beispiel angefügt hat.

1) Nam heißt hier 'aber'. Goeschen hat statt dessen quam vorgeschlagen. Kr. und Huschke haben dementsprechend geändert. Bei Gai. fr. 38 de usurp. 41, 3 ist der Satz so wiedergegeben: sed si alii bona fide accipienti tradiderit.

2) Das tamen hat schon Goeschen eingeschoben und ist wohl kaum zu entbehren. Die HS. bietet Raum dar für ein tm̄.

3) Was Bluhme hier gelesen, wäre meines Erachtens in dieser Weise zu ergänzen: hoc dd possessori = hoc deinde possessori. Das bonae fidei possessori, welches Goeschen bringt, verträgt sich nicht mit Bluhmes Lesung.

4) HS. nocetur.

5) Der Satz Et quamuis . . nocet ist später eingeschoben, vielleicht von Gajus. Er steht inhaltlich dem mit Fundi beginnenden Satze näher als dem Nam-Satze. Dementsprechend ist auch in den libri rer. cott. fr. 38 de usurp. 41, 3 eine Umstellung vorgenommen. Aus diesem Grunde werden auch die Kompilatoren bei dem fr. 37 de usurp., das den Institutionen entlehnt, bei tempore afuerit abgesetzt und wieder die libri rer. cott. zur Hand genommen haben. Dieser Erklärung gebe ich jetzt den Vorzug vor der Vac. poss. S. 461 versuchten.

6) Das unvermittelt anschließende Inprobata sit 'es mag mißbilligt sein' dürfte auf einen Nachgajaner hinweisen. Goeschen hat ein cum vorgesetzt. Der richtige Grund der Ersitzungsfähigkeit ist aber dem Zusammenhange nach das sine ui possessionem nancisci.

7) HS. furti fundum. Aber das t ist mit einem über die Zeile hinausreichenden Haken versehen, der vielleicht ein Umstellungszeichen sein soll.

cuius p(o)ssessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit[1]).

nam ei concessum capere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem[2]).

Quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur[3]). **53.** Et in tantum haec usucapio concessa est, || ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur. HS.

54. Quare autem etiam hoc casu[4]) soli rerum annua constituta sit usucapio, illa *ratio*[5]) est: quod *olim*[6]) rerum hereditariarum possessiones[7]) ut ipsae hereditates usucapi *credebantur*[8]), scilicet anno. Lex enim XII tabularum soli quidem res[9]) biennio usucapi iussit, ceteras uero anno. Ergo

---

1) HS. posiderit = possiderit, das zu halten wäre: vgl. Neue-Wagener Bd. 3[3] S. 416. Die bisherigen Herausgeber haben geändert in possederit.

2) Bedenklich ist das Fehlen des Hilfszeitwortes bei concessum wie das einfache capere für usucapere. Zudem ist der ganze Satz überflüssig.

3) HS. uacatur. So mag gesprochen sein. Vgl. I, 57 matrimanio; Seelmann S. 263.

4) Goeschen hoc casu etiam. Ihm folgen Kr., Huschke, Polenaar. Bereits Lachmann ist wieder für die HS. eingetreten. Etiam hoc casu heißt: 'auch in diesem Falle'; ein anderer Fall dieser Art war die usureceptio, mit dem sich die Vorlage ebenfalls beschäftigte.

5) Gajanisch: siehe zu II, 49.

6) Gajanisch: siehe zu II, 40.

7) Possessiones so viel als praedia: vgl. II, 61; Fest. Wort Possessiones Th. 308; lex agr. Bruns n. 11 Zeile 9. 10. 16. 18. Es wäre demnach zu übersetzen: weil man einst glaubte, daß erbschaftliche Grundstücke wie die Erbschaften selber ersessen würden. Eine Textänderung scheint demnach kaum nötig zu sein. Es sind aber verschiedene versucht worden: siehe darüber Dubois.

8) Gajanisch: siehe zu II, 50.

9) Nach Cic. top. 4, 23 gebrauchten die Zwölftafeln den Ausdruck fundus.

hereditas in ceteris rebus uidebatur[1]) esse, quia[2]) soli non est;

quia neque corporalis est[3]).

quamuis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse[4]), tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur[5]), annua usucapio remansit. **55.** Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio[6]) est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa obseruatio fuit;

ut et[7]) creditores haberent, a quo suum consequerentur.

56. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucratiua uocatur: nam sciens quisque rem alienam lucri facit.

57. Sed hoc tempore etiam[8]) non est lucratiua. Nam ex

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 44.

2) Gajanisch: siehe zu II, 51.

3) Bereits Polenaar hat den Satz quia . . est verdächtigt. Kalb, Arch. für lat. Lex., Bd. 1 S. 88 macht darauf aufmerksam, daß der Sprachgebrauch von Gajus nec statt neque hätte erwarten lassen. In sachlicher Beziehung weise ich darauf hin, daß hereditas in alter Zeit in der Tat eine körperliche Gesamtheit darstellte: siehe Erkl. 25; und daß andererseits der usus auch unkörperliche Dinge ergreifen konnte, z. B. Manus, Dienstbarkeiten. Scheidet man den betreffenden Satz aus, so hat man um so weniger Veranlassung, mit Heffter und Goeschen vor quamuis ein et einzuschieben.

4) Auch bei einer anderen Sachgesamtheit, der Herde, wurde in späterer Zeit keine Ersitzung des Ganzen, sondern nur der einzelnen Tiere zugelassen: Pomp. fr. 30 § 2 de usurp. 41, 3.

5) Alle Sachen, selbst wenn es Grundstücke sein sollten. Die bisherigen Herausgeber ändern meistens in tenentur.

6) Gajanisch: siehe zu II, 54.

7) Wir haben es hier mit einem späteren Zusatze zu tun: siehe Erkl. 33. Dafür spricht auch die unbequeme Wortstellung. Goeschen: et ut.

8) Kr., Huschke u. a. schreiben iam. Bereits Lachmann hat etiam in Schutz genommen. Die usucapio pro herede ist auch

auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones [1]) reuocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde [2]) eam rem consequi, atque si usucapta non esset. 58. || Necessario [3]) tamen herede HS. S extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest.

59. Adhuc etiam [4]) ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam

Qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, et [5]) soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usus receptio,

quia [6]) id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.

60. Sed cum [7]) fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico,

quod tutius nostrae res apud eum essent [8]),

---

nicht gewinnbringend, nämlich wenn sie angefochten wird; sonst ist sie nach wie vor gewinnbringend.

1) HS. usucapionem. Vielleicht hervorgegangen aus usucapione. Der Schwund der auslautenden Konsonanten -m und -s macht seit Ausgang des zweiten nachchristlichen Jahrhunderts immer weitere Fortschritte. Siehe Stolz, Hist. Gr. Bd. 1, S. 52.

2) Kr. und Huschke proinde. Siehe darüber Bd. 1 Erkl. 48.

3) Das et vor Necessario ist wohl mit Kr., Huschke u. a. fortzulassen.

4) Gajanisch: siehe Rtsgel. Gaj. S. 58.

5) HS. scilicet = scilicet et. Man hat also wohl nicht nötig, hinter scilicet einzuschieben etiam.

6) Gajanisch: siehe zu II, 54.

7) Dieses cum läßt Kr. fort und ändert das folgende essent in sint et.

8) Der Gebrauch des quod in Finalsätzen ist spätes Latein: Schmalz, Lat. Synt.[3], S. 378. Kr. und Huschke ändern in quo. Ferner hätte man statt essent erwartet sint, was Kr. und Huschke[1] auch bringen. Daß wir schlechtes Latein vor uns haben, hebt Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 135 ebenfalls hervor. In anderer Weise gibt den Inhalt des Satzes wieder Boëthius top. 4, 41 p. 340.

si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo conpetit usus receptio[1]); si uero cum creditore soluta quidem pecunia omnimodo conpetit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucratiua ususcapio[1]) conpetit. **61.** Item si rem obligatam sibi populus uendiderit eamque dominus possiderit[2]), concessa est usus receptio: sed hoc casu praedium biennio usu recipitur. Et hoc est quod uolgo dicitur: ex praediatura possessionem usu recipi. Nam qui mercatur a populo praediator appellatur[3]).
62. Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit || ⟨ali⟩enare HS. S 69
possit. **63.** Nam dotale praedium maritus inuita mulie⟨re⟩ per legem Iuliam prohibetur alienare, quamuis ipsius ⟨si⟩t: uel mancipatum ei dotis causa uel in iure cessum uel usucaptum[4]).

Quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia, an etiam ad prouincialia[5]) pertineat, dubitatur[6]). Ex diuerso[7])

64. Agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum[8]); item procurator iure ciuili,

---

1) Bemerkenswert ist die Einschiebung eines s in usus receptio und ususcapio. Ob das irgendwie mit der Aussprache zusammenhängt?

2) Siehe oben zu II, 52. Kr., Huschke, Dubois possederit.

3) HS. appellat.

4) Das uel mancipatum . . usucaptum wird der lex Iulia entlehnt sein: Bachofen, Ausgew. Lehren, S. 97 flg.

5) Gajanisch: siehe zu II, 46.

6) Nach c. un. § 15ᵃ de rei ux. act. 5, 13 ist die Ausdehnung der lex Iulia auf Provinzialgrundstücke gesetzlich erst von Justinian erfolgt. Immerhin könnte die Praxis schon vorgearbeitet haben. Vgl. über die Frage Czyhlarz, Das röm. Dotalrt § 57 Anm. 1.

7) Gajanisch: siehe zu I, 133.

8) Ein altes Beispiel für unmittelbare Stellvertretung: Soc. publ. S. 305.

cum ⟨a⟩ prae⟨to⟩r⟨e alie⟩n⟨a⟩ri ⟨concessum⟩ est[1]; item creditor pignus ex pactione, quamuis eius ea res non sit. Sed hoc forsitan[2] ideo uideatur fieri, quod uoluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus uendere, si pecunia non soluatur.

65. Ergo ex his quae diximus adparet quaedam *naturali*[3] *iure*[4] alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam ciuili: nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est ciuium Romanorum.

66. Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, *naturali*[5] nobis *ratione* adquiruntur, sed etiam quae[6] occupando;

ideo res ⟨consecu⟩ti[7] erimus, quia antea[8] nullius essent[9]:

qualia sunt omnia quae terra marique[10] caelo capiuntur[11]. **67.** Itaque si feram[12] bestiam aut uolucrem aut piscem ceper[13]⟨imus, id quod⟩ captum ⟨est⟩ oc⟨cu-

---

1) Die Ergänzung ist unsicher, entspricht aber einigermaßen den gelesenen bzw. nicht gelesenen Buchstaben. Andere Vorschläge siehe bei Dubois. In sachlicher Beziehung verweise ich auf Erkl. 39.

2) Forsitan dürfte nachgajanisch sein: vgl. Kalb, Juristenlatein, S. 80. An sich gingen auf Gajus: ideo, uideatur, intellegitur, olim. Aber auch olim will sachlich nicht recht passen: siehe Erkl. 40.

3) Gajanisch: siehe zu I, 158.

4) HS. iiure.

5) Gajanisch: siehe zu I, 189.

6) Bluhme hat ū gelesen, das schon Goeschen zu q̄ = quae gestaltete.

7) Dies Wort scheint den nicht deutlich gelesenen Buchstaben noch am besten zu entsprechen. Andere Vorschläge siehe bei Dubois.

8) HS. quiantea.

9) Nach Schmalz, Lat. Synt.³ S. 380 findet sich quia mit dem Konjunktiv im Spätlatein namentlich bei Juristen. Siehe zu I, 146 u. Rtsg. Gaj. S. 108.

10) Goeschen streicht que.

11) HS. capiunt.

12) HS. fera.

13) Goeschen ccp.

pando nostrum⟩ s⟨tatim fieri et eous⟩ [1])que nostrum esse intellegitur [2]) ‖ donec [3]) nostra custodia HS. S. 70
coerceatur. Cum uero custodiam nostram euaserit et in naturalem se libertatem fera receperit [4]), rursus occupantis fit, quia [5]) nostra esse desinit. Naturalem autem libertatem recipere uidetur [6]), cum aut oculos nostros euaserit, aut licet in [7]) conspectu sit nostro, difficilis tamen rei persecutio sit.

68. In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent [8]), ueluti columbis et apibus, item ceruis, qui in siluas ire et redire solent [9]), talem habemus regulam traditam: ut, si reuertendi animum habere desierint, et iam [10]) nostra esse desinant et fiant occupantium [11]). Reuertendi autem animum uidentur [12]) desinere habere, cum reuertendi consuetudinem deseruerint [13]).

69. Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione [14]) nostra fiunt.

70. Sed et id quod [15]) per alluuionem nobis adicitur

---

1) Aehnlich wird schon seit Goeschen ergänzt.
2) Gajanisch: siehe zu II, 40.
3) Gajanisch: Rtsg. Gaj. S. 58.
4) Das handschriftliche perceperit ist wohl durch fera receperit zu ersetzen. Jedenfalls läßt das gleich folgende nostra auf ein ausgefallenes fera schließen.
5) Gajanisch: siehe zu II, 59.
6) Gajanisch: siehe zu II, 54.
7) Die HS. hat zunächst an, das aber verbessert worden durch ein an den Schluß der Zeile nach einem Punktum hinzugefügtes in.
8) Gajanisch: siehe zu II, 15.
9) Von item bis solent scheint spätere Einschiebung zu sein.
10) Statt etiam schreibt man wohl besser et iam 'auch schon'.
11) HS. occupatium.
12) Gajanisch: siehe zu II, 67.
13) HS. desieruerint.
14) Gajanisch: siehe zu II, 66.
15) HS. q, das gewöhnlich = quam oder quan.

eodem iure[1]) nostrum fit. Per alluuionem autem ita[2]) uidetur[3]) adici quod ita paulatim flumen agro nostro adicit[4]), ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adiciatur; hoc est quod uolgo[5]) dicitur: per adluuionem id adici uideri quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat. **71.** Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua ma || net. HS.

72. At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium commune[6]) est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident[7]). Si uero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte quae proxuma est iuxta ripam praedia habent. **73.** Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamuis ille[8]) suo nomine aedificauerit, iure naturali[9]) nostrum fit, quia[10]) superficies solo cedit[11]). **74.** Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit. **75.** Idem contingit et in frumento[12]), quod in solo

---

1) Nämlich naturali ratione.

2) I. I. II, 1 § 20 wie D. 41, 1 fr. 7 § 1 und ebenso Goeschen id.

3) Gajanisch: siehe zu II, 68.

4) HS. nostro dicit = nostro adicit.

5) HS. uuolgo.

6) Goeschen communis. Aber commune dürfte zu halten sein. Es erinnert an das griechische τὸ κοινόν: die Insel ist ein allen Anliegern Gemeinschaftliches.

7) HS. possidentur.

8) HS. quiille = quamuis iille = quamuis ille.

9) Gajanisch: siehe zu II, 65.

10) Gajanisch: siehe zu II, 67.

11) HS. ceditur.

12) HS. promento, wohl hervorgegangen aus fromento = frumento. Wegen des Ueberganges von o in u vgl. Stolz, Hist. Gr., Bd. 1 S. 144.

nostro ab aliquo satum fuerit. **76.** Sed si ab eo petamus fructum[1]) uel aedificium, et inpensas in aedificium uel in seminaria uel in sementem factas ei soluere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit[2]).

77. Eadem ratione[3]) probatum est, quod in cartulis[4]) siue membranis meis aliquis scripserit licet aureis litteris meum esse, quia[5]) litterae cartulis siue membranis cedunt[6]). Itaque si ego eos librus[7]) easque[8]) membranas petam nec impensam scripturae soluam, per exceptionem doli mali summoueri potero. **78.** Sed ex diuerso[9]) si in tabula

---

1) Das handschriftliche fructum ist nicht mit Huschke in fundum zu verwandeln: siehe Erkl. 44.

2) Epit. II, 1 § 6 wird illis qui aliena praesumpserint ein Anspruch auf expensas vel impendia gewährt, ohne eine bona fides besonders vorauszusetzen. Hitzig Z. RG. Bd. 27 S. 203 meint sogar, daß praesumere eher für mala fides passen würde. Indessen praesumere heißt hier doch wohl nur 'vorwegnehmen'.

3) Nämlich naturali: siehe zu II, 69.

4) Das handschriftliche cartulis braucht man nicht mit Kr. u. a. in chartulis umzuändern. Huschke[4] chartulis, dagegen Huschke S. K. wieder cartulis. Die konsonantische Aspiration ist in der lateinischen Schriftsprache sehr ungleich durchgeführt worden: vgl. Seelmann S. 252 flg.

5) Gajanisch: siehe zu II, 73.

6) HS. ceduntur.

7) Auch sonst fehlt es nicht an Beispielen, daß Nomina, die gewöhnlich nach der zweiten Deklination flektiert werden, bei einzelnen Casus der vierten folgen: vgl. Neue-Wagener Bd. 1[3] S. 783 flg.

8) Lachmann: rectius 'easue'. Indessen que in der Bedeutung von ue ist ganz gewöhnliches Juristenlatein. So heißt es z. B. im ädilizischen Edikt bei Ulp. fr. 38 pr. de aed. ed. 21, 1: morbi uitiique. Weitere Stellen bei Dirksen unter Que § 3.

9) So ist vielleicht das sedi der HS. aufzulösen; vgl. Gai. fr. 9 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1: sed ex diuerso placuit. Die bisherigen Herausgeber begnügen sich mit einem einfachen sed.

mea aliquis pinxerit ueluti imaginem[1]), contra probatur; || magis enim dicitur tabulam picturae cedere. HS. S
Cuius diuersitatis uix idonea ratio[2]) redditur. Certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse nec soluas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoueri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio aduersum te dari debet[3]): quo casu, nisi soluam inpensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bona fide[4]) possessor fueris[5]).

Illud palam est, quod siue tu subripuisses tabulam[6]) siue alius, conpetit mihi furti actio[7]).

---

1) HS. inmaginem.

2) Gajanisch: siehe zu II, 55.

3) Das konsekutive ut mit dem Indikativ: siehe zu I, 123 und Kalb, Wegweiser in die römische Rechtssprache, S. 101.

4) HS. bf, das vielleicht überall mit bona fide aufzulösen ist. Kr. und Huschke S. K. setzen hier bonae fidei. Nach Studemund, Apogr. pag. 258 soll die fragliche Abkürzung sowohl für das eine wie das andere gebraucht sein.

5) Daß das Gemälde anders behandelt werde als die Schrift, vermag Gajus nicht einzusehen. Er betrachtet diese Unterscheidung aber als feststehend. Ebenso spricht er sich aus lib. sec. rer. cott. fr. 9 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1. Ihm folgen I. I. II, 1 § 34. Daneben ist hier von Andersdenkenden die Rede: aliis uidetur picturam . . tabulae cedere. Als ein solcher tritt uns Paulus entgegen fr. 23 § 3 de rei uind. 6, 1. Ferner heißt es epit. II, 1 § 34: statutum est, ut tabulae pictura cedat.

6) HS. subripuisse tabulam. Ausfall eines s vor t: siehe darüber Seelmann S. 315 flg.

7) Der Illud-Satz ist wohl nachgajanische Zutat. Er ist nur lose angereiht und fehlt auch an der entsprechenden Stelle in den libri rer. cott. fr. 9 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1. Polenaar hat hinter Illud ein autem eingeschoben. Auffallend ist die Verbindung palam est quod. Kübler bei Mommsen, Ges. Schr. Bd. 2 S. 34 Anm. 18 erklärt sie für einen Gräzismus. Ein solcher wäre Gajus zuzutrauen. Aber Gajus verbindet palam est mit dem Infinitiv: siehe Rtsg. Gaj.

79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio[1]) requiritur. Proinde[2]) si ex uuis[3]) meis uinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur[4]): utrum meum sit id uinum aut oleum aut frumentum an tuum[5]); item si ex auro aut argento[6]) meo uas aliquod feceris, uel ex tabulis meis nauem aut armarium aut subsellium fabricaueris; item si ex lana mea uestimentum feceris, uel si ex uino et melle meo mulsum feceris, siue ex medicamentis meis emplastrum uel collirium[7]) feceris: an meum[8]). Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est: ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, uideatur[9]) esse. Idqu(e) maxime placuit[10]) Sabino et Cassio. Alii uero (eius)

S. 61. Dieser findet sich auch III, 18. 105; IV, 55. 181. Ferner hätte man von Gajus subripueris erwarten können, was Polenaar bereits in den Text aufgenommen hat. Vgl. Rtsg. Gaj. S. 109.

1) Gajanisch: siehe zu II, 69.

2) HS. proin am Schluß einer Zeile.

3) Hinter uuis hat Goeschen eingeschaltet: aut oliuis aut spicis. Vielleicht bedarf es dieser Einschaltung gar nicht, da uua ein weiterer Begriff, der sich nicht auf die Weintraube beschränkt. Vgl. Paul. epit. Alf. fr. 205 de verb. sign. 50, 16. In Bezug auf das Ausdreschen von Getreide hat Gajus fr. 7 § 7 de adq. rer. dom. 41, 1 seine Ansicht geändert. Siehe Rtsg. Gaj. S. 111.

4) Gajanisch: siehe zu I, 188.

5) HS. tum.

6) HS. argumento. Ebenso finden wir IV, 48 argumentum statt argentum. Beide Wörter scheinen demnach in der Aussprache sich ziemlich nahe gekommen zu sein. Vielleicht schob sich bei argentum zwischen g und e ein u ein. So findet sich z. B. auch ein urguere statt urgere und unguere statt ungere: siehe Seelmann S. 241.

7) Griechisch κολλύριον. Wegen der Schreibung y oder i im Latein siehe Seelmann S. 219 flg.

8) Zu ergänzen ist aus dem Vorhergehenden quaeritur. Lachmann schiebt vor an meum ein: quaeritur, utrum tuum sit id, quod ex meo effeceris.

9) Gajanisch: siehe zu II, 70.

10) Gajanisch: siehe zu II, 7.

r⟨em⟩[1]) esse putant qui fecerit; idque diuersae scholae auctoribus[2]) uisum est.

Sed eum quoque, cuius materia et substantia fuit, furti aduersus eum qui subripuerit habere actionem. Nec minus aduersus eundem condictionem ei competere: quia extincta[3]) res, licet uindicari non possit, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt[4]). HS.

80. Regula quinta[5]) de pupillis, an aliquid a se alienare possunt.

Nunc admonendi sumus[6]) neque feminam neque pupillum sine tutore auctore[7]) rem mancipi alienare posse; nec mancipi uero feminam quidem posse,

1) Ergänzung von Goeschen.

2) Gajanisch: siehe zu II, 15.

3) HS. quiextincta.

4) Der Satz Sed . . possunt ist wohl später erst eingeschaltet. Es fehlt diese Bemerkung auch in der entsprechenden Stelle der libri rer. cott. fr. 7 § 7 de adq. rer. dom. 41, 1. Mit quoque wird hingewiesen auf den mit Illud palam beginnenden Satz in § 78, wo ebenfalls eine furti actio vorkommt. So mögen denn beide Zusätze von demselben Nachgajaner herrühren. Das Latein läßt zu wünschen übrig. Die beiden Akkusative mit dem Infinitiv schweben in der Luft: zu eum . . habere actionem und condictionem ei competere fehlt das Zeitwort, von dem sie abhängen. Gleichgültigkeit gegen den Modus: fuit . . subripuerit; ebenso gegen den Numerus: possit . . possunt. Was ist ferner zu verstehen unter quibusdam aliis possessoribus? Vermutlich ein malae fidei possessor, wie er uns z. B. bei Ulp. fr. 22 § 2 de pign. act. 13, 7 und c. 3 de cond. 4, 9 vom Jahre 294 entgegentritt. Das hätte aber Institutionisten einigermaßen klar gemacht werden müssen. Vgl. Rtsg. Gaj. S. 109.

5) HS. R̄ Ū, das ich auflöse Regula quinta. Siehe darüber Erkl. 37. Kr. denkt an Rubrica quinta und meint, die übrigen Rubriken seien ausgefallen: reliquae perierunt.

6) Gajanisch: siehe zu II, 27.

7) HS. s t a, das auch wiederkehrt § 81. Goeschen hat aufgelöst, wie hier geschehen; dagegen schrieb Lachmann sine tutoris auctoritate. Da aber HS. 82, 4 d. i. II, § 113 t. a = tutore auctore, wird auch s. t. a = sine tutore auctore zu setzen sein. Hierfür spricht

pupillum non posse. 81. Ideoque[1]) si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutore auctore dederit, quia[2]) facit eam accipientis, cum scilicet ⟨et⟩[3]) pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem. 82. At si pupillus idem fecerit, quia[4]) non ⟨facit acci⟩p⟨ien⟩[5])tis, sed ⟨sua manet pecunia⟩[6]), null⟨am⟩ contrahit obligationem. Unde[7]) pupillus uindicare quidem nummos suos potest, sicubi extent, id est e⟨os p⟩[8])etere suos ex[9]) iure Quiritium esse[10]); m⟨u⟩l⟨ier⟩ quidem r⟨urs⟩u⟨m n⟩o⟨n suos⟩ ab eo ⟨re⟩o[11]) repetere potest, sed ⟨suos sibi dar⟩i ⟨opor⟩tere[12]). ⟨Un⟩de[13]) de pupillo quidem quaeritur[14]), an num⟨mi, si⟩[15]) qu⟨os⟩[16]) mutuos dedit, ab eo

---

ferner HS. 74, 1, d. i. II, 83 s p t a = sine praesente tutore auctore sowie HS. 151, 19, d. i. III, 91 sine totae = sine totore auctore = sine tutore auctore.

1) Gajanisch: siehe zu II, 44.

2) Gajanisch: siehe zu II, 77.

3) Die HS. bietet Raum für zwei Buchstaben dar. Andere schreiben ea.

4) Gajanisch: siehe zu II, 81.

5) Die Ergänzung dürfte gesichert sein durch I. I. II, 8 § 2.

6) Die HS. bietet Raum für elf Buchstaben. Möglich demnach: sua manet pec. Jedenfalls hat nach Studemund weder da gestanden: sine tutoris auctoritate noch sed dominus manet noch sta pecuniam.

7) Gajanisch: siehe zu II, 50.

8) Ergänzung von Studemund.

9) So Kr., HS. ιûιosoι.

10) So Kr., HS. cssc.

11) Kr.: mulier uero minime hoc modo.

12) Kr.: ita: dari sibi oportere.

13) So hat das de schon erweitert Goeschen.

14) Gajanisch: siehe zu II, 79.

15) HS. num und vor qu entweder si oder di oder m oder was Aehnliches. Kr. nimmt an nummi si, das er dann ersetzt durch si nummi.

16) So schon Goeschen.

qui accipit[1] ⟨consumpti sunt, in person⟩[2])am actione eos persequi possit[3]), quoniam ⟨sibi credendo obligare⟩[4]) non potest. **83.** Et[5]) ex contrario[6]), ⟨siue res mancipi sunt siue⟩[7]) nec mancipi, mulie r⟨ibus⟩[8]) | et pupillis[9]) sine praesente tutore auctore[10]) HS. solui possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutore auctore[11]) concessum est. **84.** Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli; sed ipse non liberatur,

---

1) Goeschen accepit. Allein qui accipit wird soviel sein wie 'der Empfänger': mag er empfangen haben, gegenwärtig empfangen oder in Zukunft empfangen. Das Präsens tritt uns hier entgegen in seiner zeitstufenlosen Bedeutung: vgl. Landgraf, Hist. Gramm. Bd. 3 S. 102.

2) Studemund schlägt vor: consumpti sunt aliqua. Vor actione hat Studemund noch gelesen $\overset{s}{\text{a}}$. Das a ist von mir = am gesetzt. Ebenso würde aber auch das s passen: ps. = personam.

3) Das wäre dann ein Anakoluth statt: an nummi . . in personam actione ab eo qui mutuos dedit peti possint. Ueber Anakoluthe bei Gajus im allgemeinen siehe Rtsg. Gaj. S. 52 flg.

4) Wegen der Ergänzung verweise ich auf Gai. ad ed. prou. fr. 9 pr. de auct. 26, 8: sed credendo obligare sibi non potest. Eine condictio gewährte dem Unmündigen schon Iul. fr. 19 § 1 de reb. cred. 12, 1 und beim Geisteskranken Pomp. fr. 24 pr. de obl. et act. 44, 7.

5) I. I. II, 8 § 2 At. Demgemäß ändern Kr. und Huschke; Polenaar schreibt Set. Wir haben hier vor uns ein nachdrücklich betontes Et an der ersten Stelle des Satzes: Kühner, Gramm. d. lat. Spr. Bd. 2 S. 633.

6) Gewöhnlich sagt Gajus ex diuerso, vgl. aber schon zu I, 80.

7) Der obige Text scheint mir den von Goeschen gelesenen Buchstaben besser zu entsprechen als der von Kr. in Anlehnung an Goeschen eingesetzte: omnes res tam mancipi quam.

8) So schon Goeschen.

9) So schon Goeschen, HS. pupilli.

10) So ist meines Erachtens das s̄ p̄ t ā der HS. aufzulösen. Siehe oben zu II, 80.

11) HS. sine t. a.

quia[1]) nullam obligationem pupillus sine tutore auctore dissoluere potest,

[q]uia nullius rei alienatio ei sine tutore auctore concessa est[2]).

Sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoueri potest. **85.** Mulieri uero etiam sine tutore auctore recte solui potest: nam qui soluit liberatur obligatione[3]),

[q]uia res nec mancipi, ut proxume diximus, a se dimittere [m]ulieres etiam sine tutore auctore possunt[4]);

[q]uamquam hoc ita est, si accipiat pecuniam: at si non accipiat [s]et[5]) habere se dicat et per acceptilationem uelit debitorem sine tutore auctore liberare, non potest[6]).

---

1) Gajanisch: siehe zu II, 81.

2) Dieser zweite quia-Satz macht den Eindruck einer späteren Einschaltung.

3) HS. obligatctione.

4) Auch diese zweite Begründung mit dem quia-Satze ist mir hier verdächtig. Das proxume wird sich beziehen auf die Regel in II, 80: rem nec mancipi uero feminam quidem alienare posse. Der Satz erstreckt sich aber gar nicht mit auf Obligationen. Denn von diesen heißt es II, 38, daß sie eine derartige Veräußerung gar nicht zulassen: obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Deshalb ist auch wohl der allgemeine Ausdruck gewählt a se dimittere, der aber gar nicht passen will. Denn dimittere heißt 'fahren lassen'. Meistens wird es gebraucht von körperlichen Sachen: V. I. R. II Sp. 271 Wort dimitto unter 6. In unserer Stelle werden damit zwar res verbunden. Dabei ist aber nur an unkörperliche Sachen zu denken, da es sich um eine Obligation handelt. In bezug auf andere Obligationen bedient sich zwar Ulpian. fr. 8 § 9 ad S. C. Vell. 16, 1 ebenfalls dieses Ausdruckes. Aber das ist doch kein dimittere obligationem in gewöhnlicher Bedeutung, wenn Zahlung erfolgt. Auch II, 195 scheint ein Nachgajaner sich des dimittere in eigenartiger Weise zu bedienen.

5) Goeschen sed. Allein et verbindet auch mit einem negativen Satz einen diesem entgegengesetzten positiven: Ramshorn, Lat. Gr. S. 810.

6) Der quamquam-Satz entfernt sich noch weiter vom eigentlichen Gegenstande. Denn was hat das Sachenrecht mit der Accepti-

86. Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiouue habemus. Item per [1]) eos seruos, in quibus usum fructum [2]) habemus. Item per homines liberos et seruos alienos, quos bona fide possidemus [3]).

De quibus singulis diligenter dispiciamus [4]).

87. Igitur [5]) liberi nostri, quos in potestate habemus [6]); item quod serui nostri [7]) mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur,

siue quid stipulentur [8]),

uel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur.

---

latio zu tun! Sein Inhalt ist augenscheinlich entnommen aus III, 171. Dort war die Acceptilatio an ihrem Platze. Insofern läßt sich aber diese nachträgliche Bemerkung, die von einem zweiten Nachgajaner herrühren wird, verstehen, als sie durch das dimittere geradezu herausgefordert wurde. Bei habere se dicat ist zu ergänzen acceptam. Als Antwort genügte ein einfaches habeo: siehe III, 169.

1) Die HS. scheint eher die Abkürzung von pro als per darzubieten.

2) HS. usu, darauf Lücke. Diese Lücke könnte nach Studemund ein $\overline{F}$ enthalten haben.

3) Die beiden mit Item angefügten Sätze enthalten eine jüngere Rechtsbildung, die aber Gajus schon vorgefunden haben könnte.

4) Gajanisch: siehe zu I, 143.

5) Die Voranstellung des igitur scheint älterer Sprachgebrauch gewesen zu sein. Er tritt uns schon entgegen in den Zwölftafeln I, 1: igitur em capito. Eine Reihe von Stellen aus Plautus hat zusammengestellt Neue-Wagener Bd. 2³ S. 975. Das Wort ist in Verbindung zu bringen mit ἴκταρ und die Grundbedeutung wäre 'nahe bzw. rasch hintereinander': Walde S. 295.

6) Wir haben hier vor uns eine Art von Anakoluth. Siehe Rtsg. Gaj. S. 53. Es ist angefangen, als müßte folgen: nobis adquirunt. Statt dessen heißt es nachher: id nobis adquiritur. Goeschen hat quod hinter Igitur eingeschoben.

7) So Goeschen. HS. seruii. Ob mit dem zweiten i auf das voraufgehende nostri hingewiesen sein sollte?

8) Auffallend ist der Konjunktiv stipulentur, ferner gehört die Stipulation noch gar nicht ins Sachenrecht.

Ipse enim[1]) ‖ qui in potestate nostra est nihil suum HS. S. 75
habere potest. Et ideo[2]) si heres[3]) institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus[4]) nobis adierit hereditatem[5]), nobis adquiritur, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus. Et conuenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur.
8. Dum tamen[6]) sciamus[7]): si alterius in bonis sit seruus,

1) HS. ipse enim. Zwischen den beiden e könnte nach Studemund noch ein n gestanden haben. Also ipsenenim = ipse en enim. Vielleicht ist vergessen, dieses n zwischen den beiden e durch ein Punktum zu tilgen, oder es war auch getilgt.

2) Siehe wegen Et ideo zu I, 163. 186. Der Rest des § 87 von Et ideo an wird später hinzugefügt sein, da die Darstellung mit dem voraufgehenden Satze schon zu einem Abschlusse gelangt war. Statt Et ideo heißt es bei Gai. fr. 10 § 1 de adq. rer. dom. 41, 1 Ideoque und I. I. II, 9 § 3 Sed. Dieses Sed paßt genau genommen besser, da beim Erbewerben die Schulden zu berücksichtigen sind, und deshalb ein iussum des Vaters bzw. Herrn verlangt wurde.

3) HS. h' = hoc statt h̄ = heres.

4) So I. I. und D. a. a. O. HS. ibonitibus. Einschub eines i zwischen n und t: siehe Bd. 1 S. 34; verschrieben o statt e; ib statt ibb = iub.

5) HS. hereditate = hereditatem. I. I. und D. hereditas. Man hat meines Erachtens nicht nötig, das hereditatem preiszugeben, und braucht auch das folgende adquiritur nicht in adquirit zu ändern.

6) Nach Kalb R.J. S. 86 wäre dum tamen gajanischer Sprachgebrauch. Dafür wird aber außer dieser Stelle nur angeführt II, 134; und in letzterer Stelle könnte dum tamen sehr wohl Gesetzesausdruck sein. Sonst sagt Gajus dummodo oder si modo. Ich möchte daher dieses dum tamen einem Nachgajaner zuschreiben, zumal sich der Satz, der uns hier entgegentritt, erst allmählich entwickelt haben wird: vgl. Mitteis Bd. 1 S. 61 Anm. 64. Die Quelle des Nachgajaners scheint gewesen zu sein III, 166, wo der in Frage stehende Satz aber lange nicht mit der Bestimmtheit aufgestellt wird wie hier.

7) So Goeschen, HS. sciam. Dem scire begegnen wir auch sonst bei Nachgajanern, namentlich in der Verbindung In summa sciendum est: siehe Rtsg. Gaj. S. 39. Auch in der Turiner Institutionenglosse finden wir unter 21 Extra sciendum und 42 Sciendum est autem.

alterius ex iure Quiritium, ex omnibus causis ei soli per [1]) eum adquiritur [2]), cuius in bonis [3]) est [4]).

89. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio.

Cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere uidemur [5]). Unde [6]) etiam per eos usucapio procedit.

90. Per eas uero personas, quas in manu mancipioue habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt;

an autem possessio adquiratur, quaeri [7]) solet [8]), quia [9]) ipsas [10]) non possidemus [11]).

91. De his autem seruis, in quibus tantum usum fructum habemus, ita placuit [12]), ut quidquid ex re nostra uel ex operis suis adquirunt [13]), id nobis adquiratur; quod uero extra eas causas [14]), id ad dominum proprietatis pertineat.

---

1) HS. pro: infolge Verwechslung der Abkürzungen oder falscher Auflösung.

2) Goeschen adquiri, aber von einem Nachgajaner können wir das adquiritur schon hinnehmen.

3) Schwund eines s. Siehe Bd. 1 S. 336.

4) Der Nachgajaner scheint aus III, 166 geschöpft zu haben, wo indes der Fall als ein streitiger hinzugefügt wird, si..seruus mancipio . . nomine eius acceperit.

5) Gajanisch: siehe zu II, 79.

6) Gajanisch: siehe zu II, 82.

7) Gajanisch: siehe zu II, 82.

8) Gajanisch: siehe zu II, 15.

9) Gajanisch: siehe zu II, 84.

10) HS. ipsa. Schwund eines s: siehe zu II, 88.

11) Bekker, Recht des Besitzes, S. 205 Anm. 1 fragt erstaunt: 'aber hatte denn der Vater am Sohn die possessio?' Ich werde mich mit dem Satze noch näher beschäftigen müssen: siehe Erkl. 50.

12) Lieblingsausdruck von Gajus: siehe zu I, 172.

13) Gai. fr. 10 § 3 D. 41, 1 und I. I. II, 9 § 4 adquirant.

14) Gai. D. fügt hinzu: persecuti sint; I. I.: persecuti sunt.

Itaque si iste seruus heres institutus sit legatumue quod ei datum[1]) fuerit, non mihi sed domino proprietatis adquiritur.

92. Idem placet[2]) de eo, qui a nobis bona fide possidetur, || siue liber sit siue alienus seruus. Quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bona fide[3]) possessore. HS. S. 76

Itaque quod[4]) extra duas istas causas adquiritur, id uel ad ipsum pertinet, si liber est, uel ad dominum, si seruus sit[5]).

93. Sed si bona fide possessor eum[6]) usuceperit[7]) seruum, quia[8]) eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi adquirere potest.

Usufructuarius uero usucapere non potest: primum quia non possidet sed habet ius utendi et fruendi[9]), deinde quia scit alienum seruum esse.

94. De illo quaeritur[10]), an per eum seruum, in quo usumfructum habemus, possidere alioqui[11]) rem

1) Gai. D.: legatumue quid aut ei donatum; I. I.: legatumue quid ei aut donatum. Polenaar ändert: legatumue quid ei aut datum. Jedenfalls ist das Latein mangelhaft. Es wird uns zugemutet, hinter institutus sit etwa zu ergänzen: hereditatem mihi adquirere non potest. Ich halte den ganzen Satz Itaque . . adquiritur für eine spätere Einschiebung. Es kommt hinzu der Uebergang zum mihi, während voraufgeht nobis und im § 92 wieder nobis folgt.

2) Gajanisch: siehe zu II, 91.

3) Siehe zu II, 78.

4) So fr. 10 § 4 D. 41, 1 und I. I.; HS. ita qq. = quoque statt q q, = que quod.

5) Gleichgültigkeit gegen die modi: est . . sit.

6) HS. cum, aber mit blassem c. Es liegt näher, dieses cum durch eum zu ersetzen, als mit I. I. II, 9 § 4 und D. 41, 1 fr. 10 § 5 das voraufgehende si zu streichen.

7) HS. usucepit statt usucepit = usuceperit.

8) Gajanisch: siehe zu II, 90.

9) Gajus würde utendi fruendi geschrieben haben. Wegen des Asyndeton im allgemeinen vgl. Kalb, Juristenlatein S. 37 flg.

10) Gajanisch: siehe zu II, 90.

11) HS. aliqui. Aber der letzte Buchstabe ist nach Studemund anscheinend verbessert worden, und über dem u steht noch ein kleines i

et usucapere possumus[1]), quia[2]) ipsum non possidemus. Per eum uero, quem bona fide possidemus, sine dubio et possidere et usucapere possumus. Loquimur autem in utriusque personis[3]) secundum definitionem, quam proxume exposuimus:

id est, si quid ex re nostra uel ex operis suis adquirant, id nobis adquiritur[4]).

95. Ex iis[5]) apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro[6]) subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos seruos, in quibus neque usum fructum[7]) habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod uulgo dicitur: per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur[8]), an pe⟨r procuratorem⟩[9]) nobis adquiratur.

---

oder ein ähnlicher Buchstabe. Dieses aliqui oder aliquii oder vielleicht aliquin hat Goeschen durch aliquam ersetzt. Wir sind aber schon I, 76 einem aliquin für alioquin begegnet. So dürfte auch hier alioqui oder alioquin zu lesen sein, zumal es einen besseren Sinn geben würde: ob wir im übrigen durch ihn eine Sache besitzen können, weil wir ihn selber nicht besitzen.

1) Goeschen possimus.

2) Gajanisch: siehe zu II, 93.

3) I. I. persona und so Goeschen. Es bietet aber die HS. nach Studemund hinter person noch Raum für is oder as.

4) Kr. beanstandet id nobis adquiritur; es wird aber wohl der ganze Satz von Id est an auf einen Nachgajaner zurückgehen.

5) Goeschen his.

6) HS. nostros.

7) Die HS. hat zweimal item per alienos seruos in quibus neque usum fructum.

8) Gajanisch: siehe zu II, 94.

9) Wegen der Ergänzung per procuratorem verweise ich auf Vac. poss. S. 211flg.; Besitz S. 200flg. Eine andere Ergänzung ist per extraneam personam.

96. In summa sciendum est his, qui in ‖ potestate manu man- HS. S. 77
cipioue sunt, nihil in iure cedi posse: cum enim starum personarum nihil suum esse possit, conueniens [1]) est scilicet, ut nihil suum esse posse [2]) in iure uindicare possint.

---

1) HS. conuenies.

2) Die Worte suum esse posse hat schon Mommsen beanstandet. Meines Erachtens ist der ganze § 96 späteren Ursprunges. Mit § 95 hat Gajus schon abgeschlossen. Hier wird ein zweiter Schluß angefügt. Und zwar mit In summa sciendum est, das auch sonst auf Nachgajaner hinweist: siehe zu II, 88. Ferner ist starum statt istarum spätes Latein: vgl. Stolz, Hist. Gramm. Bd. 1 S. 202; Neue-Wagener Bd. 2 [3] S. 402.

Conspectus Rerum.

II. De rebus

Corporales hae, quae tangi possunt . . . II, 13
Incorporales sunt quae tangi non possunt: sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum . . . . II, 14
Est et alia rerum diuisio: nam aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi sunt praedia, qualis est fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo. Serui quoque et animalia, quae dorso colloue domantur, mancipi sunt.

Item iura praediorum rusticorum, sed praediorum urbanorum nec mancipi sunt. Item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt . . . . II, 14[a]

Nostrae quidem scholae auctores ea animalia statim, ut nata sunt, mancipi esse putant; diuersae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt . . . . II, 15

Item ferae bestiae nec mancipi sunt; item ea animalia, quae fere bestiarum numero sunt . . . . II, 16
Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt . . . . II, 17
Res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt . . . . II, 18—20

In eadem causa sunt prouincialia praedia.

Stipendiaria sunt ea, quae in his prouincis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur . . . . II, 21

Mancipatio. In iure cessio . . . . II, 22—25

Erklärung.

1. Res diuini iuris. II. 1—9.

Wir haben zu unterscheiden zwischen dem Grundstock und der späteren Entwicklung.

1. Die res diuini iuris bilden einen Gegensatz zu den res humani iuris. Die res diuini iuris umfassen teils die res sacrae, teils die res religiosae. Die ersteren sind den oberen Gottheiten geweiht, die letzteren den unterirdischen Gottheiten überwiesen.

Mit diesem Weihen und Ueberweisen wird man ursprünglich die Vorstellung verknüpft haben: daß die geweihten und überwiesenen Sachen den betreffenden Gottheiten in Wahrheit gehören sollten. Vgl. Mommsen Z. R.G. Bd. 29 S. 203 = Ges. Schr. Bd. 3 S. 198. In einer Inschrift C. I. L. V n. 2915 heißt es ausdrücklich: hunc locum monimentumque diis Manibus do legoque.

Die ältere Auffassung, wie sie uns in den §§ 2—4 entgegentritt, weiß noch nichts davon: daß zur Konsekration Mitwirkung des römischen Volkes erforderlich sei. Und diese §§ 2—4 werden wir dem Grundstocke überweisen können.

Ursprünglich kann auch ein Privatmann den oberen Göttern weihen. Hierfür beweisend das Verbot, welches uns Gajus in seinem Zwölftafelkommentare überliefert hat. Fr. 3 de litigiosis 44, 6 = XII, 4: Rem, de qua controuersia est, prohibemur in sacrum dedicare; alioquin dupli poenam patimur.

Ferner bleibt sogar die Privatweihe fremder Sachen bei Bestand, es muß dafür nur das Doppelte entrichtet werden.

Es ist bemerkenswert, daß Gajus diesen Satz in seinem Zwölftafelkommentare bringt und uns dieser Satz nur hier überliefert ist.

In Rom galt der Satz zur Zeit des Gajus in dieser Weise nicht mehr. Wenigstens beanstandeten ihn die pontifices, wie wir gleich sehen werden. Vielleicht aber verhielt es sich anders in einzelnen Provinzen. In dieser Beziehung weise ich darauf hin, daß Gajus in seinem Zwölftafelkommentare bei der actio finium regundorum auch das Solonische Nachbarrecht berücksichtigte: fr. 13 fin. reg. 10, 1 = VII, 2; und ebenda römisches und Solonisches Vereinsrecht zusammengearbeitet hat: fr. 4 de coll. et corp. 47, 22 = VIII, 27. Vgl. Der Rtsg. Gaj. §§ 33. 34.

2. Später haben die Pontifices, was Private weihten, nicht mehr als sacrum anerkannt.

In dieser Beziehung kommt namentlich in Betracht eine Stelle bei Festus Wort Sacer Th. S. 466. 468: Gallus Aelius ait sacrum esse (quod) quocumque modo[1]) atque instituto ciuitatis consecratum sit, siue aedis siue ara siue signum siue locum[2]) siue pecunia siue quid aliud, quod dis dedicatum atque consecratum sit; quod autem priuati[3]) suae religionis causa aliquid earum rerum deo dedicent, id pontifices Romanos non existimare sacrum.

Die Stelle hat eine allgemeinere Bedeutung.

Sie lehrt zunächst, daß es zur Zeit des Gallus Aelius einen einheitlichen Begriff von sacer gar nicht gegeben hat. Gallus Aelius muß älter sein als Verrius Flaccus, wird also wohl noch der republikanischen Zeit angehören. Nach ihm

---

1) Das quod hat Mommsen, Röm. Strt. Bd. 2[3] S. 61 Anm. 3 eingeschoben. Lachmann zu Gai. II, 5 empfiehlt quodcumque more.

2) Der Nominativ locum kommt auch sonst vor: Neue-Wagener Bd. 1[3] S. 799.

3) HS. priuatis. Ein ss statt s: vgl. Bd. 1 S. 336.

ist sacrum, was nach Art und Einrichtung der betreffenden Gemeinde geweiht worden. So mag es denn auch noch in einzelnen Gemeinden den Privatpersonen überlassen gewesen sein, die Weihe vorzunehmen.

Diese Einheitlichkeit muß um so mehr in früherer Zeit gefehlt haben. Vgl. Lex Spoletina, Bruns n. 104[b] Zle. 12—17 und dazu Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 1[3] S. 183 Anm. 4; Bd. 2[3] S. 619/620 Anm. 3.

Die pontifices verlangten staatliche Weihe. Sie heißt bald dedicatio, bald consecratio. Beide Ausdrücke bezeichnen dieselbe Handlung. Bei dedicatio überwiegt die Vorstellung der Entäußerung, bei consecratio kommt uns mehr die Feierlichkeit zum Bewußtsein. Regelmäßig vollzog die Weihehandlung ein weltlicher Beamte unter Mitwirkung eines pontifex. Siehe Pernice, Zum röm. Sacralrte. I S. 8. 9 (1150. 1151); Wissowa in Paulys Realenc. Bd. 4 Sp. 896 flg., Sp. 1150 flg.

Dieses jüngere Recht ist, nachdem in der HS. ein Absatz gemacht, mit einem Sed-Satze in den §§ 5. 6 dem alten Grundstocke angeschlossen. Damit ergibt sich ein neuer Gegensatz zwischen sacrum und religiosum, indem zum sacrum die staatliche Weihe hinzukommen muß. Geblieben ist dagegen die Unterscheidung zwischen den oberen und unterirdischen Gottheiten.

Wissowa, Rel. u. Kultur der Römer, S. 400 Anm. 2 zählt die staatlich konsekrierten Kultstätten der di inferi ebenfalls zu den loca sacra. Das steht jedenfalls mit der Darstellung von Gajus nicht in Einklang.

3. Die Weihe mußte nach § 5 geschehen ex auctoritate populi Romani. Als Beispiele für die Aeußerung dieses Volkswillens werden genannt lex und senatusconsultum.

a) Zunächst fragt sich: seit wann die Mitwirkung des populus Romanus in Gestalt einer lex erforderlich geworden sei. Mommsen bemerkt in dieser Beziehung Staatsrt. Bd. 2[3] S. 618. 619: ‘Ob das altkönigliche Recht den Grundbesitz der Gemeinde frei zu verschenken dem obersten Magistrat der Re-

publik sogleich mit deren Gründung oder erst späterhin entzogen worden ist, wissen wir nicht.' Dabei denkt Mommsen nicht bloß an die Adsignation, sondern vor allen Dingen an die Dedikation.

Man könnte dieses Nichtwissen ebensogut ausdehnen auf das altkönigliche Recht. Es ist immer nur ein Schluß möglich auf Grund der Fälle, die uns in den ersten Jahrhunderten der Republik entgegentreten. Und diese Fälle machen allerdings die Annahme eines solchen königlichen Rechtes wahrscheinlich. Daneben dürfte indessen eine genaue Betrachtung derselben auch für den weiteren Entwicklungsgang einige Anhaltspunkte gewähren.

α) Im Jahre 259/495 streiten sich, wie Liu. 2, 27 § 5 berichtet, die Konsuln: uter dedicaret Mercuri aedem. Der Senat verweist die Sache ans Volk: utri eorum dedicatio iussu populi data esset. Der populus überträgt die Weihe des Tempels einem Plebejer, dem Centurio M. Lätorius: Liu. ebenda § 6.

Dieser Vorfall erweckt folgende Vorstellungen. Hätten die Konsuln sich in Güte geeinigt, so wäre es zu einem Eingreifen des Senats usw. vermutlich gar nicht gekommen. Also Konsuln sind an sich berechtigt, die Weihe vorzunehmen. Dies wird schon altkönigliches Recht gewesen sein. Und aus der Wahl, die das Volk vornimmt, ersehen wir zweierlei: einmal, daß das Volk sich nicht kehrt an den Vorschlag des Senates; sodann, daß auch Plebejer von dieser Rechtshandlung nicht ausgeschlossen waren.

Zum späteren Rechtszustande will dieses Verfahren allerdings nicht recht passen. Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 2 [3] S. 620 Anm. 4 erklärt es für eine Erfindung der späteren Annalistik, und Binder, Die Plebs, S. 471 bezeichnet es als absurd.

β) Im folgenden Jahre findet die erste Sezession auf einen Berg statt. Die abziehende Plebs weiht ihn dem Jupiter, und infolge dieser Weihe wurde er sacer mons genannt.

Festus Th. 466. Sacer mons appellatur trans Anienem, paullo ultra tertium miliarium; quod eum plebes, cum secessisset a patribus, creatis TR. plebis, qui sibi essent auxilio, discedentes Ioui consecrauerunt.

Schwegler, R. G. Bd. 2 S. 236. 237 zieht diesen Vorgang in Zweifel: näher liege die Vermutung, 'daß der Hügel schon vorher einer schützenden Gottheit geweiht war, und daß eben dieser Umstand die Plebs veranlaßt hat, ihn zur Zufluchtsstätte zu wählen'. Ob dieser Zweifel berechtigt? Der Vorgang fällt schon vor die Zwölftafelgesetzgebung. Nach den Zwölftafeln konnte jeder Privatmann weihen, selbst die Weihe einer fremden Sache hatte sacralrechtliche Wirkung. Die Zwölftafeln werden sich nur dem bestehenden Recht angelehnt haben. Sie galten für Patrizier wie Plebejer. Insofern ließe sich die Weihe eines Berges durch eine Vielheit von Plebejern rechtfertigen. Es könnte sich bei diesem Berge allerdings um Staatseigentum handeln. Und das anzunehmen liegt sogar sehr nahe. Aber Staatseigentum war nach römischer Anschauung Miteigentum der Staatsangehörigen: Soc. publ. S. 268 flg. So gut jemand eine fremde Sache weihen konnte, warum auch nicht sein Miteigentum? Dazu kommt, daß die Sache Bestand hatte: das fait accompli war von der Allgemeinheit anerkannt.

γ) Bei Liu. 2, 42 § 5 begegnen wir im Jahre 270/484 zum ersten Male einem duumuir. Es handelt sich um die Castoris aedes. Der Diktator Postumius hatte während der Schlacht am See Regillus im Jahre 255/499 dem Castor einen Tempel gelobt: Liu. 2, 20 § 12. Jetzt wird sein Sohn zum duumuir gewählt und nimmt die Weihe vor: filius eius duumuir ad id ipsum creatus dedicauit.

Hier tritt uns folgende Auffassung entgegen. Dem siegreichen Feldherrn, der den Tempel gelobt, kommt es zu, ihn zu weihen. So werden es die Könige ebenfalls schon gemacht haben. Der Sieger hat einen Anspruch darauf, daß auf diese Weise sein Name der Nachwelt überliefert werde. Hier tritt

sein Sohn für ihn ein, der denselben Namen trägt, weil der Vater vermutlich schon gestorben war. Der Sohn wird aber zu diesem Zwecke mit einer Magistratur bekleidet. Damit ist ausgesprochen: die staatliche Weihe bedarf der Magistratur. Von diesem Gesichtspunkte aus hätte sich die Weihe des Sacer mons anfechten lassen.

δ) Genauer tritt uns das Verfahren entgegen bei Liu. 23, 30 §§ 13. 14 unter dem Jahre 538/216: Exitu anni Q. Fabius Maximus a senatu postulauit, ut aedem Veneris Erucinae, quam dictator uouisset, dedicare liceret; senatus decreuit, ut Ti. Sempronius consul designatus, cum consulatum inisset, ad populum ferret, ut Q. Fabium duumuirum esse iuberent aedis dedicandae causa.

Das Gelübde des Q. Fabius Maximus war erfolgt im Jahre 537/217, als er Diktator war: Liu. 22, 10 § 10. Jetzt ist er Privatperson. Deshalb stellt er beim Senat den Antrag, zu beschließen: daß ein Konsul des nächsten Jahres beim Volke seine Wahl zum duumuir beantrage.

Parallel geht diesem Verfahren die Behandlung eines anderen Gelübdes. Liu. 22, 10 § 10: Menti aedem T. Otacilius praetor uouit. Liu. 23, 31 § 9: interea duumuiri creati sunt Q. Fabius Maximus et T. Otacilius Crassus aedibus dedicandis, Menti Otacilius, Fabius Veneri Erucinae. Vgl. dazu Wissowa, Rel. d. Römer, S. 259. 260.

ε) In den bisher beobachteten Fällen tritt uns folgende Auffassung entgegen. Der höchste ordentliche Magistrat, der Konsul, wie auch der Feldherr, welcher ein Gelübde getan, können als Magistrate ohne weiteres einen Tempel weihen. Privatpersonen gegenüber kann durch Senatsbeschluß eine Volkswahl veranlaßt werden, wodurch die Betreffenden diese konsularische Befugnis in Gestalt einer eigenen Magistratur als duumuiri aedibus dedicandis erhalten.

Weitere Stellen über dieses Recht der Magistratur siehe bei Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 2 [3] S. 621. Es treten uns hier ferner als Weihende entgegen ein Diktator und

Prätor, beim Tempel der Mater magna der Stadtprätor, sowie Censoren.

ζ) Ist demnach an einem selbständigen Recht einzelner Magistrate zur Vornahme einer Tempelweihe für die ältere Zeit der Republik nicht füglich zu zweifeln, so sind daneben die tatsächlichen Verhältnisse nicht außer Augen zu lassen. In dieser Beziehung ist namentlich zu beachten, daß, abgesehen von dem Grunderwerb und den Baukosten, mit der Dedikation eines Tempels Spiele verknüpft waren, daß diese Spiele ebenfalls Geld erforderten und der Senat dieses Geld, sofern es nicht anderweitig vorhanden war, zu bewilligen hatte. Liu. 40, 52 § 1: Et alter ex censoribus M. Aemilius petiit ab senatu, ut sibi dedicationis templorum reginae Iunonis et Dianae, quae bello Ligustino ante annis octo uouisset, pecunia ad ludos decerneretur; uiginti milia aeris decreuerunt. Insofern waren die Magistrate doch wieder vom Senate abhängig.

Diesem Machtbereiche des Senates wußte sich zu entziehen der bekannte kurulische Aedil des Jahres 450/304, Cn. Flavius. Er hatte für die Beilegung der durch die Censur des Ap. Claudius Cäcus hervorgerufenen Zwistigkeiten der Concordia einen Tempel gelobt. Als ihm das Geld dazu verweigert wurde, verschaffte er es sich dadurch, daß er Wucherer abstrafte. Plin. n. h. 33, 6 § 19: et cum ad id pecunia publice non decerneretur, ex multaticia feneratoribus condemnatis aediculam aeream fecit.

Der pontifex maximus sträubte sich zwar anfangs, bei der Dedikation mitzuwirken, mußte aber schließlich dem allgemeinen Volkswillen sich anbequemen. Liu. 9, 46 § 6: aedem Concordiae in area Vulcani summa inuidia nobilium dedicauit; coactusque consensu populi Cornelius Barbatus pontifex maximus uerba praeire, cum more maiorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

Der pontifex maximus berief sich auf das Herkommen,

daß nur ein consul oder imperator dedizieren dürfe. Hierunter sind zu verstehen: der Konsul oder der siegreiche Feldherr. Dies hat schon richtig hervorgehoben Seeck, Kalendertafel, S. 48. Andererseits ist mir nicht verständlich, wenn Seeck hier von einer staatsrechtlichen Unmöglichkeit spricht. Die auf Herkommen beruhende Rechtsbildung pflegt an einer gewissen Unbestimmtheit zu leiden. Das Dedikationsrecht des Konsuls und siegreichen Feldherrn stand seit alters her fest. Das ist der feste Kern, das alte königliche Recht, von dem wir auszugehen haben. Es entsteht die Frage: welchen Magistraten soll dieses Recht weiter zustehen? Das ist die Unbestimmtheit. Hier ist es ein aedilis curulis, der dieses Recht in Anspruch nimmt. Dagegen sucht sich der pontifex zu wehren, ohne daß es ihm gelingt.

Für die Zukunft will man sich aber gegen derartige Ueberraschungen sichern. Es kommt nach Liu. ebenda § 7 ein Gesetz zustande: ne quis templum aramue iniussu senatus aut tribunorum plebei partis maioris dedicaret.

Unter dem quis kann, entsprechend der bisherigen Rechtsentwicklung, nur ein Magistrat zu verstehen sein. Er braucht aber nicht gerade ein Konsul oder siegreicher Feldherr zu sein. Allemal ist indes erforderlich Zustimmung des Senates oder einer Mehrheit der Volkstribunen. Es müssen nach Weißenborn bei der Beschlußfassung mindestens sechs Volkstribunen zugegen sein, unter denen dann wieder die Mehrheit entscheidet.

Auch an diesem Gesetze übt Seeck scharfe Kritik. 'Denn zur Verhinderung der Dedikation, wie jeder anderen Amtshandlung, genügte ja der Einspruch eines einzigen Tribunen: wozu also die Mehrzahl des Kollegiums bemühen?'

Dagegen ist einzuwenden, daß sich das ius intercedendi aus einer beschränkten Befugnis, dem ius auxilii, heraus entwickelt hat. Vgl. Schwegler, R. G. Bd. 2 S. 260 flg. Ferner wird hier positive Mitwirkung verlangt: sei es des Senates oder der Volkstribunen. Stimmabgabe gegen den Beschluß ist noch keine Interzession.

Ein Beispiel für eine solche Mitwirkung des Senates könnte uns überliefert sein bei Tertull. ad nat. 1, 10: ne qui imperator fanum, quod in proelio uouisset, prius dedicasset, quam senatus probasset, ut contigit . . o, qui uouerat Alburno deo. Die fragliche Tempelweihe fällt vielleicht ins Jahr 639/115: siehe Wissowa in Paulys Realencykl. I, 1338.

η) Weitere Rechte wurden der Plebs gewährt durch eine lex Papiria aus unbestimmter Zeit, wonach bei allen Dedikationen von Grund und Boden die Zustimmung der Plebs erforderlich gewesen zu sein scheint. Cic. de domo 49, 127: esse legem ueterem tribuniciam, quae uetet iniussu plebis aedes, terram, aram consecrari.

Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 3 S. 1050 Anm. 1 versteht freilich iniussu plebis dahin, daß das iussum populi 'sicher nicht ausgeschlossen werden soll'. Die Sache ist mir indes zweifelhaft.

ϑ) Aber bei den pontifices tritt uns das Bestreben entgegen, das öffentliche Recht, insonderheit das der Dedikation, mehr und mehr den populi iussa anzupassen. Es heißt bei Cic. de domo 53, 136: Sed ut reuertar ad ius publicum iudicandi, quod ipsi pontifices semper non solum ad suas caerimonias, sed etiam ad populi iussa accommodauerunt.

Zum Belege dafür werden zwei Entscheidungen beigebracht. Die eine bezieht sich auf einen Vorgang aus dem Jahre 600/154. Der Censor dieses Jahres, Cassius, beabsichtigte eine Bildsäule der Concordia sowie den Ort der Aufstellung der Göttin zu dedizieren. Cic. de domo 51, 131: Concordiae signum uolebat in curia curiamque ei deae dedicare. Das collegium der pontifices entschied nach 53, 136 ebenda: nisi eum populus Romanus nominatim praefecisset atque eius iussu faceret, non uideri ea posse recte dedicari. Die andere Entscheidung betreffend eine Weihe der Vestalin Licinia aus dem Jahre 631/123 lautete: quod in loco publico

Licinia C. f. iniussu populi dedicasset, sacrum non uiderier.

Bei den früheren censorischen Dedikationen aus den Jahren 560/194, 575/179, 582/172, die Liu. 34, 53 § 3; 40, 52 § 2; 42, 10 § 5 bringt, ist noch von einem populi iussum keine Rede.

Cicero hielt seine Rede de domo vor den pontifices am 30. September 697/57. Das Gutachten, welches die pontifices daraufhin in dieser Sache abgaben, lautete nach Cic. ad Att. 4, 2 § 3 dahin: Si neque populi iussu neque plebis scitu is, qui se dedicasse diceret, nominatim ei rei praefectus esset, neque populi iussu aut plebis scitu id facere iussus esset, uideri posse sine religione eam partem areae mihi restitui.

Der Senat entschied gemäß diesem Gutachten zugunsten von Cicero.

Damit wäre folgende Rechtslage gegeben:

Das nominatim ei rei praefectus wird sich beziehen auf die Bestellung von duo uiri aedi dedicandae. Sie erfolgt durch Volksbeschluß, also durch Gesetz. Außerdem kann auch jemand, vor allen Dingen ein Magistrat, durch Volksbeschluß mit einer Weihe beauftragt werden. Als Volksbeschluß kommen in Betracht sowohl das populi iussum als das plebis scitum.

a) Jetzt kann ich zurückkehren zu II, 5. Wenn es hier heißt: sacrum hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, ueluti lege de ea re lata — so haben wir den Rechtszustand vor uns, der sich schließlich zu Ciceros Zeit entwickelt hatte; und zwar werden wir unter lex sowohl das populi iussum wie das plebis scitum zu verstehen haben.

b) Das quod ex auctoritate populi Romani consecratum est geschieht aber nach II, 5 nicht bloß lege, sondern auch senatusconsulto facto. Also der Senat erscheint als ein Vertreter des römischen Volkes. Das ist eine Auffassung,

die uns ebenfalls erst gegen Ende der Republik entgegentritt. Vgl. Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 3 S. 1252 flg.

4. Die Entwicklung, wie wir sie bisher betrachtet haben, verrät eine gewisse Unsicherheit, auch wohl Unvollständigkeit. Wir haben es mit Gegensätzen zu tun, die eine Ausgleichung zu erfordern scheinen.

Plebejer und Patrizier stehen sich einander gegenüber. Eine alte lex tribunicia verbietet: aedes, terram, aram consecrari ohne Befehl der Plebs. Ob dieses Gesetz immer streng gehandhabt wurde, und wie lange? Cicero erwähnt es nur so nebenbei.

Weltliches und göttliches Recht kommen nebeneinander in Betracht. Das Gutachten der pontifices war nicht ohne weiteres ausreichend für den weltlichen Richter. Das zeigt uns deutlich der Prozeß, den Cicero wegen seines Hauses führte. Das Gutachten, das hier die pontifices gefällt haben, bedarf noch einer Nachprüfung vom Standpunkte des weltlichen Rechtes aus. Es heißt bei Cic. ad Att. 4, 2 § 4: Tum M. Lucullus de omnium collegarum sententia respondit: religionis iudices pontifices fuisse, legis esse senatum. Dies ist sogar die Auffassung des Priesterkollegiums.

Die pontifices verlangten für eine Weihe ein Gesetz: sei es nun populi iussum oder plebis scitum. Das hängt mit der Eigentümlichkeit des Falles zusammen. Denn auch Clodius, der das Haus des Cicero zerstören ließ und auf der Stelle ein Heiligtum der Libertas geweiht hatte, berief sich auf ein Gesetz, vermutlich ein plebis scitum. Vgl. Cic. de domo 40, 106: Quae tua fuit consecratio? Tuleram, inquit, ut mihi liceret. Und das Gutachten der pontifices deutete er gar mit Appius zu seinen Gunsten. Cic. ad Att. 4, 2 § 3: cum subito ille in contionem escendit, quam Appius ei dedit; nuntiant [1]) iam populo pontifices secundum se decreuisse.

---

1) So nach C. F. W. Mueller alle Handschriften.

Daß eine Weihe ohne eine lex gar nicht möglich sei, haben demnach die pontifices wohl kaum behaupten wollen. Jedenfalls ist das senatusconsultum, das Gajus ausdrücklich erwähnt, nicht zurückzuweisen. Außerdem verdient das ueluti Beachtung: lex und senatusconsultum sollen nur Beispiele sein.

Woran hätten wir dann wohl weiter zu denken? Ich sollte meinen, an das alte königliche Recht, das während der Republik vom Konsul wie Imperator weiter geübt wurde und auch gegen Ende der Republik noch nicht erloschen war.

Ich erinnere nur an die Weihe des forum Iulium, wie des ursprünglich der Venus Victrix gelobten, aber der Venus Genitrix im Mittelpunkte dieses forum errichteten Tempels durch Julius Cäsar. Vgl. Dio 43, 22 § 2: ταύτην τε οὖν (ἀγορὰν) καὶ τὸν νεὼν τῆς Ἀφροδίτης . . ποιήσας καθιέρωσεν εὐθὺς τότε. Näheres hierüber siehe bei Jordan, Topographie, Bd. 1 Abt. 2 S. 439 flg., und Wissowa, Rel. S. 238.

5. Eine wesentliche Vereinfachung des Rechtszustandes bringt uns der Prinzipat. Hauptstelle Ulp. fr. 9 § 1 de diu. rer. 1, 8: sciendum est locum publicum tunc sacrum fieri posse, cum princeps eum dedicauit uel dedicandi dedit potestatem.

Da nur der princeps genannt wird, ist wohl anzunehmen: daß das Weiherecht der republikanischen Magistrate wie die gesetzgebende Gewalt der Komitien und des Senates sich daneben nicht hat behaupten können.

Gajus hat es nicht für erforderlich gehalten, diese Neuerung in seiner Vorlage nachzutragen, obwohl uns diese Umgestaltung schon unter Augustus entgegentritt.

Augustus hatte im Jahre 712/42 in der Schlacht bei Philippi dem rächenden Mars einen Tempel gelobt: Suet. Aug. 29. Die Weihe erfolgte im Jahre 752/2, und zwar von Augustus selber. Vell. 2, 100 § 2: se et Gallo Caninio consulibus dedicato Martis templo. In den Res gestae 4, 21 heißt es: In priuato solo Martis Ultoris templum (f)orumque Augustum (ex mani)biis feci. Das facere

steht hier in demselben Sinne wie bei Plin. n. h. 33, 6 § 19. Wegen der manibiae verweise ich auf Soc. publ. S. 147 flg. Von diesen Beutegeldern kann man sagen: sie gehören zwar formell dem Feldherrn, materiell aber dem Staate. Die Beutegelder werden wohl mitverwandt sein, um Grundstücke von Privatpersonen anzukaufen. Vgl. Suet. Aug. 56: Forum angustius fecit non ausus extorquere possessoribus proximas domos.

Dieser Weihe gedenkt Dio 55, 10 § 6 und fügt eine Bemerkung hinzu, die mehr Beachtung verdienen dürfte, als ihr bisher zuteil geworden ist. Dio sagt: ἐπὶ μὲν τούτοις τὸ μέγαρον ἐκεῖνο ὁ Αὔγουστος ἐθείωσε, καίτοι τῷ τε Γαΐῳ καὶ τῷ Λουκίῳ πάντα καθάπαξ τὰ τοιαῦτα ἱεροῦν ἐπιτρέψας ὑπατικῇ τινι ἀρχῇ κατὰ τὸ παλαιὸν χρωμένοις.

Also Augustus nahm die Weihe selber vor, obwohl er dem Gajus und Lucius ein für allemal Auftrag erteilt hatte, alle derartige Weihen zu vollziehen, indem sie sich einer Art von konsularischer Gewalt wie in alter Zeit bedienten.

Mit dieser konsularischen Gewalt wird offenbar hingewiesen auf die duo uiri aedi dedicandae. Solche Magistrate sind nicht mehr erforderlich. Sie sind ersetzt durch Beauftragte des Kaisers, d. h. kaiserliche curatores. Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 2 [3] S. 621 Anm. 1 scheint die Stelle so zu verstehen, als ob Gajus und Lucius noch Magistrate gewesen wären.

Wenn Augustus in diesem Falle die Weihe selber vornahm, so hängt das zusammen mit der hohen Bedeutung, welche er diesem Tempel beilegte. Er sollte an die Stelle des kapitolinischen Tempels treten. Vgl. über diesen Tempelbau Jordan, Topographie, Bd. 1 Abt. 2 S. 442 flg.; Gilbert, Gesch. u. Topogr., Bd. 3 S. 229 flg.; Wissowa, Rel. S. 70. 133. Augustus weihte den Tempel als siegreicher Feldherr in Erfüllung eines Gelübdes. So war auch Julius Cäsar zu Werke gegangen. Das altkönigliche Recht lebt in neuer Weise wieder auf und bildet den Ausgangspunkt für das kaiserliche Weiherecht.

Ulpian in der angeführten Stelle faßt nur den locus publicus ins Auge. Es kann aber füglich keinem Zweifel unterliegen, daß es dem Kaiser ebenso frei gestanden haben muß, gewöhnliches Privateigentum zu weihen. So ließe sich schon verstehen das In priuato solo der Res gestae.

Ulpian hebt ferner hervor, daß der Kaiser das Weiherecht auf andere übertragen konnte. In dieser Beziehung kommen nicht bloß seine curatores in Betracht, sondern auch Privatleute mit ihrem Privateigentum. Valens (oder vielleicht Venuleius mit P. Krüger) fr. 15 ut in poss. 36, 4: Interdum licet dolo malo fecerit heres, quo minus res in causa hereditaria maneant, non poterit in possessionem earum legatarius mitti, ueluti si . . quid publice consecrauerit permissu scilicet imperatoris.

Insofern hat auch die Bestimmung des Zwölftafelrechtes in fr. 3 de lit. 44, 6 Bedeutung für das Justiniansche Recht, indem wir das dedicare zu verstehen haben als geschehen permissu imperatoris.

Und diese Erlaubnis brauchte der Kaiser nicht einmal persönlich zu erteilen, es konnte dies auch geschehen durch seinen curator. So wenigstens tritt uns der Hergang entgegen auf einer Inschrift vom 21. August 166 C. I. L. VI n. 360:

Iunoni Lucinae
pro salute domus Augustorum
. . . .
liberorumque eorum
Fortunatus decurialium gerulorum dispensator aram cum base consecr(auit)
permissu
Maeci Rufi curat(oris) aedium.

Der curator aedium ist der curator aedium sacrarum. Den duo uiri aedi dedicandae und aedi locandae entsprechen in der Kaiserzeit zwei curatores aedium sacrarum et

operum locorumque publicorum: siehe darüber Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 2 ³ S. 1051.

Die geruli sind Brief- und Aktenträger, die eine decuria bildeten. Der dispensator wird ein Sklave sein, der ihnen gehörte: siehe Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 1 ³ S. 366.

Also ein Sklave kann weihen, wenn der curator zustimmt. Der Sklave erscheint als eine Persönlichkeit. Von Haus aus haben die Römer den Sklaven überhaupt als Menschen betrachtet: siehe Bd. 1 Erkl. 14. Insonderheit hat diese Auffassung feste Wurzel geschlagen im Sakralrecht: siehe Pernice, Sacr.rt. II S. 7 (1175).

6. Beim locus religiosus faßt Gajus lediglich das Begräbnis ins Auge.

Das war allerdings der Hauptfall, aber nicht der einzige. Ein weiteres Beispiel bringt Festus Th. 65 unter Fulguritum. Sonstige Beispiele bei Wissowa, Rel. S. 409, und Marquardt, Röm. Staatsverw., Bd. 3 ² S. 147.

Die Toten wurden bei den Römern teils begraben, teils verbrannt. Beides berücksichtigen bereits die Zwölftafeln. Cic. de leg. 2, 23 § 58 = X, 1: Hominem mortuum in urbe ne sepelito neue urito.

In Rom war das Begraben älteste Sitte. Plin. n. h. 7, 54 § 187: Ipsum cremare apud Romanos non fuit ueteris instituti; terra condebantur.

Demnach war ursprünglich für Entstehung eines locus religiosus Voraussetzung, daß der Tote begraben wurde. Und dies dürfte noch der Rechtszustand zu Zeiten der Zwölftafeln gewesen sein.

Hierfür spricht Cic. de leg. 2, 24 § 61 = X, 10: forum . . bustumue usucapi uetat.

Forum hängt zusammen mit foris, wir können es etwa mit 'Vorhof' wiedergeben: Walde S. 240. Das von Tarquinius angelegte forum hätten wir uns demnach vorzustellen als einen Vorhof des comitium. Anderer Ansicht freilich Jordan, Topographie, Bd. 1 Abt. 1 S. 496 Anm. 16.

Jedenfalls wird unser forum von Cicero als ein uestibulum sepulcri aufgefaßt. Vgl. ferner Festus Th. 59: Forum . . antiqui appellabant, quod nunc uestibulum sepulchri dicari solet. Das eigentliche Grab haben wir also auszunehmen.

Bustum dagegen ist der Ort, wo der Tote verbrannt und seine Gebeine beigesetzt waren. Festus Th. 23: Bustum proprie dicitur locus, in quo mortuus est combustus et sepultus.

Beim Verbrennen ergreift demnach das Ersitzungsverbot den ganzen Platz, beim Begraben nur den Vorplatz, die Umgebung des Grabes. Das eigentliche Grab scheidet aus.

Die Erklärung ist darin zu suchen: daß das eigentliche Grab als locus religiosus dem Eigentum nicht zugänglich war und dieses auch nicht durch Ersitzung erworben werden konnte. Vgl. Karlowa, R. R. G. Bd. 2 S. 403. Nicht so verhielt sich dies ursprünglich mit dem bustum. Wesentlich anders versteht die Stelle Merkel, Sepulcralmulten, S. 12; und auch wohl Mommsen, R. Strafrt., S. 812.

Der Grund für den Ausschluß der Ersitzung wird darin zu suchen sein, daß es sich hier um Plätze handelt, zu denen der Eigentümer seltener hinkam, die er also weniger hüten konnte, als sein sonstiges Eigentum. Trotzdem würde die Ersitzung schwerlich seinem Willen entsprochen haben. Es macht sich hier geltend die uns noch bei Paulus fr. 28 pr. de uerb. sign. 50, 16 entgegentretende Auffassung: alienationis uerbum etiam usucapionem continet.

Später hat allerdings eine Ausgleichung stattgefunden. Im prätorischen Edikt heißt es z. B. bei Ulp. fr. 2 § 2 de rel. 11, 7: Siue homo mortuus ossaue hominis mortui rel. Vgl. ferner Ulp. fr. 8 pr. ebenda: Ossa quae ab alio illata sunt uel corpus an liceat domino loci effodere.

Gajus beschränkt sich noch auf das eigentliche Begräbnis.

b) Abgesehen von diesem allgemeinen Erfordernisse wird verlangt ein Begräbnis in locum nostrum.

Dieser Gedanke ist näher ausgeführt I. I. II, 1 § 9.

Wird die Leiche auf fremdem Boden beigesetzt, so braucht sich das der Eigentümer nicht gefallen zu lassen. Siehe Ulp. fr. 2 § 2 de rel. 11, 7 und dazu Der Rtsgel. Gajus S. 218 ff. Zum locus religiosus wird der Ort erst durch Zustimmung des Eigentümers.

Das in locum nostrum ist von Privateigentum zu verstehen. Wie mag es sich mit dem Staatseigentum verhalten haben? In dieser Beziehung kommen namentlich die Brunnengräber, puticuli, in Betracht. Es sind dies öffentliche Grabstätten von bedeutender Tiefe, wo die Leichen armer Leute, die kein eigenes Grab kaufen konnten, übereinander geworfen wurden. In dieser Hinsicht bemerkt Varro l. l. 5, 25: extra oppida a puteis puticuli, quod ibi in puteis obruebantur homines, nisi potius, ut Aelius scribit, puticulae, quod putescebant ibi cadauera proiecta, qui locus publicus ultra Exquilias. Aus dem locus publicus, der uns hier entgegentritt, hat schon Mommsen, Ges. Schr. Bd. 3 S. 203 Anm. 1 mit Recht geschlossen, daß trotz der Massenbeerdigung der Platz nicht zum locus religiosus geworden war.

c) Eine weitere Voraussetzung, gewissermaßen die Kehrseite der eben besprochenen, steckt in den Worten: si modo eius mortui funus ad nos pertineat.

Der Eigentümer schafft nicht dadurch einen locus religiosus, daß er einen beliebigen Toten auf seinem Grund und Boden beerdigt, er muß Beziehungen zu diesem Toten haben: d. h. das Begräbnis muß ihm zukommen; sei es nun, daß er berechtigt ist zur Beerdigung oder geradezu verpflichtet.

In der angeführten Institutionenstelle fehlt diese Voraussetzung. Ebensowenig habe ich sie in den Digesten gefunden und nach einer Erklärung in der bisherigen Literatur vergebens gesucht. Das Fehlen dieser Voraussetzung in den Justinianschen Rechtsbüchern legt den Gedanken nahe, daß der Satz später nicht mehr gegolten hat. So könnte uns denn nur das ältere Begräbnisrecht einigen Aufschluß gewähren.

Unseren Ausgang haben wir zu nehmen vom alten Geschlechtsgrab: Mommsen, Ges. Schr. Bd. 3 S. 204. In dieser Beziehung ist uns bei Cic. de leg. 2, 22 § 55 folgender Ausspruch der pontifices aufbewahrt: ut extra sacra et gentem inferri fas negent esse. Danach war es verboten, diejenigen im Gesamtgrab der gens zu beerdigen, welche außerhalb der sacra und gens sich befanden. Wegen des Sprachlichen verweise ich auf Mesnil. Es durften hier also nur die gentiles beerdigt werden und diejenigen, welche Zutritt hatten zu den sacra gentilicia. Zu den letzteren werden wir die Freigelassenen und Klienten zu rechnen haben: vgl. Kübler bei Pauly-Wissowa-Kroll VII, 1187.

Das Verbot wird dahin zu verstehen sein, daß das Begräbnis von jemand, der sich außerhalb der sacra und gens befand, die Stelle nicht in einen locus religiosus verwandelte.

Das gentilizische Grabrecht ist geschwunden und an die Stelle der alten Geschlechtsgräber sind getreten die sepulcra familiaria, zu denen sich gesellen die sepulcra hereditaria. Vgl. Gai. ad ed. prou. fr. 5 de rel. 11, 7: Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit. Außerdem kommt in Betracht das Grabrecht der collegia.

Bei Grabstellen dieser Art tritt uns auf den Inschriften häufig das Verbot entgegen, daß andere als diejenigen, für welche die Grabstelle bestimmt, dort nicht beerdigt werden dürfen. Vgl. Bruns[7] n. 172 A 2 Romae: ne de nomine exeat familiae suae; ebenda 3 Romae: ne ad exterum perueniat; ebenda 4 Romae: ne de nomine libertorum libertarumue meorum posterisque eorum exeat; ebenda 7 Romae: ne ueneat, ne fiduciare liceat, nec de nomine exire liceat secundum sententias pontificum c. c. u. u. s. s. (clarissimorum uirorum supra scriptas).

Für Uebertreten des Verbotes wird Strafe gedroht. Vgl. Bruns[7] n. 172 B 12 Romae: si quis hoc sepulchrum

uel monimentum . . post obitum meum uendere uel donare uoluerit uel corpus alienum inuehere uellit, dabit poenae nomine ark(ae) pontif(icum) H S $\bar{C}$ n., et ei cui donatum uel uenditum fuerit, eadem poena tenebitur; ebenda 13 Romae = Dessau n. 7947: Pelagiorum. Hoc monumentum . . ne quis a nomine nostro alienare audeat neue in eo corpus extraneum inferri patiatur; alioquin sit facultas cuicumque ex familia nostra adeundi per querellam pontifices c. c. u. u., quorum de ea re notio est, et poenam H S L m. n. arcae collegii eorum inferendorum exsequendi.

Sofern eine Veräußerung verboten, wird sie nicht als nichtig hingestellt, es soll nur Strafe eintreten. Ebenso wird im Falle einer Beerdigung zwar Strafe verwirkt, die Grabstätte aber ein locus religiosus geworden sein. Die Voraussetzung si modo eius mortui funus ad nos pertineat wäre demnach beseitigt.

Damit stehen sonstige Erscheinungen in Einklang.

Die actio de sepulcro uiolato beschränkte sich ursprünglich auf die bei Ulp. fr. 3 pr. a. E. D. 47, 12 angegebenen Fälle: si quis in sepulchro dolo malo habitauerit aedificiumue aliud, quam quod (Fl. que) sepulchri causa factum sit, habuerit. Vgl. Dernburg, Festgaben für Heffter, S. 124. 125. Daneben könnte, wie § 11 nahelegt, hinter habitauerit noch ausgefallen sein uel aedificauerit.

Erst das jüngere Edikt, womit fr. 3 pr. beginnt, Cuius dolo malo sepulchrum uiolatum esse dicetur, umfaßt den Fall mit, wenn ein Fremder begraben wird. Vgl. fr. 3 § 3: si forte contra uoluntatem testatoris intulit. Und in dieser Beziehung ist nach fr. 3 pr. nur eine Verurteilung in Geld vorgesehen: quanti ob eam rem aequum uidebitur. Also könnte sehr wohl auch das Begräbnis eines Fremden die Grabstätte in einen locus religiosus umgeschaffen haben.

Vollends will die in Frage stehende Voraussetzung nicht passen zu den Anschauungen, wie sie uns bei der actio fune-

raria entgegentreten. Vgl. im allgemeinen Ulp. fr. 12 § 3 de rel. 11, 7: ne insepulta corpora iacerent. Wenn jemand z. B. auf seinem eignen Grundstück, das er zu diesem Zwecke vielleicht erst gekauft hat, einen Toten beerdigt, der ihn gar nichts angeht, so hat er die actio funeraria gegen den Verpflichteten, die sich auf den gezahlten Kaufpreis miterstreckt. Vgl. Ulp. Labeo fr. 14 § 3; Macer fr. 37 pr. de rel. 11, 7. Es ist aber doch wohl kaum zu bezweifeln, daß die Grabstelle in einem solchen Falle zu einem locus religiosus wurde.

d) Jetzt wäre noch anzugeben, wie weit der locus religiosus reichte.

Es heißt bei Ulp. Celsus fr. 2 § 5 de rel. 11, 7: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est. Also bei einem gemeinschaftlichen Begräbnisplatze kommen immer nur die einzelnen Grabstellen, soweit sie benutzt sind, in Betracht.

Mommsen, Ges. Schr. Bd. 3 S. 199 meint freilich: diese Annahme würde 'bei strenger Durchführung zu Konsequenzen führen, die das Grabrecht geradezu zerstören'. Dagegen wird wohl das vernünftige Ermessen der Richter eine Schutzwehr gebildet haben. Und Mommsen gerät mit sich selber in Widerspruch, wenn er auf derselben Seite fortfährt: 'Allerdings kann jener Rechtssatz nicht einfach bei Seite geworfen werden usw.'

7. Die von Gajus in den §§ 7. 7 a ebenfalls mit einem Sed angegliederten Bemerkungen beziehen sich auf das Provinzialrecht.

a) Mit der Behauptung des Gajus, daß der Provinzialboden im Eigentum des römischen Volkes bzw. des römischen Kaisers stehe, habe ich mich bereits früher beschäftigt: siehe Der Rtsgel. Gaj. S. 66.

Aus diesem Satze haben, wie Gajus berichtet, viele gefolgert: daß auf Provinzialboden durch Begräbnis kein locus religiosus entstehe, es fehle das Merkmal des Privateigentums. Indessen bemerkt Gajus weiter: pro religioso habetur.

Dieser Gegensatz zwischen religiosus und pro religioso ist nicht als reine Formalität aufzufassen. Mit dem pro sollte hier wie anderswo ausgedrückt werden, daß ein ähnliches Rechtsverhältnis vorliege. So wird z. B. ein protutor nicht gerade so wie ein tutor, sondern nur in beschränkter Weise als ein solcher behandelt: vgl. Girard-v. Mayr, Gesch. des r. Rts., S. 242 Anm. 8.

Um sich diesen Gegensatz zu erklären, hätte es aber nicht nötig getan, auf ein angebliches Eigentum des römischen Volkes bzw. römischen Kaisers am Provinzialboden zurückzugehen. Es hätte vielmehr genügt, auf die verschiedenartige Rechtsentwicklung hinzuweisen. Denn was die pontifices für Rom vorschrieben, wird von Haus aus nicht auch für die Provinzen gegolten haben.

Ein Beispiel hierfür hat sich mir bereits dargeboten bei Betrachtung von Gai. fr. 7 de rel. 11, 7: vgl. Der Rechtsgel. Gaj., S. 217 flg. Wenn jemand einen Toten an einem fremden Orte bestattet hat, so behält der Prokonsul sich vor: entweder das tollere zu erzwingen oder eine actio in factum auf den Wert des Platzes zu erteilen; er setzt sich hinweg über die Erlaubnis der pontifices.

b) Im § 7a wird angereiht die Gegenüberstellung des sacrum und pro sacro habetur.

Hier wird auf die Rechtsentwicklung Rücksicht genommen und das sacrum keineswegs ganz von den Provinzen ausgeschlossen. Pro sacro habetur liegt vor, wenn die Weihe nicht stattfand ex auctoritate populi Romani; also die Weihe ex auctoritate populi Romani schuf auch in den Provinzen eine res sacra.

Wissowa, Rel. S. 344 Anm. 7 will das non vor ex auctoritate streichen, weil auf dem solum prouinciale auch die auctoritas populi Romani eine wirkliche consecratio herbeizuführen, nicht imstande gewesen sei.

Dem gegenüber ist zunächst darauf hinzuweisen, daß es im § 7a nicht heißt in prouinciali solo, es ist vielmehr gesagt

in prouincis; in den Provinzen gab es aber auch italischen Grund und Boden, soweit das ius Italicum reichte.

Im übrigen ist es richtig, daß der Provinzialboden an sich der Konsekration nicht zugänglich war. Diesen Satz erkennt noch Trajan dem Plinius gegenüber an, ep. 50: cum solum peregrinae ciuitatis capax non sit dedicationis, quae fit nostro iure.

Gleichwohl wußte man sich in Notfällen zu helfen: vgl. Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 3 S. 735 Anm. 2. Indem man ein Stück Provinzialboden in ager Romanus verwandelte. Seruius zur Aen. 2, 178: constitutum, ut unus locus de captiuo agro Romanus fieret in ea prouincia, in qua bellabatur, ad quem, si renouari opus esset auspicia, dux rediret.

Ein Beispiel tritt uns entgegen bei den Pompejanern, die während des Bürgerkrieges mit Cäsar 705/49 den Sitz der Republik in Thessalonich aufgeschlagen hatten, worüber Dio 41, 43 §§ 1—3 berichtet: vgl. dazu Rubino, Untersuchungen, S. 369 flg.

Sie hatten des Rates sowie Bürger aus allen Centurien genug bei sich, um Senats- und Volksversammlungen halten zu können, auch die beiden Konsuln waren zugegen. Da aber diese vor ihrer Flucht aus der Stadt versäumt hatten, die lex curiata annehmen zu lassen, was sich außerhalb des Pomöriums nicht nachholen ließ, mußten sie darauf verzichten, die Centuriatkomitien für neue Magistratswahlen zu veranstalten.

Zu einer Senatssitzung bedurfte es eines geweihten Platzes. Varro bei Gell. n. a. 14, 7 § 7: nisi in loco per augurem constituto, quod 'templum' appellaretur, senatusconsultum factum esset, iustum id non fuisse. Ebenso verhielt es sich mit den Centuriatkomitien. Liu. 5, 52 § 16: comitia centuriata, quibus consules tribunosque militaris creatis, ubi auspicato, nisi ubi adsolent, fieri possunt?

Dieser Platz ward beschafft. Dio: καί τι καὶ χωρίον ἐς τὰ οἰωνίσματα, τοῦ δὴ καὶ ἐν νόμῳ δή τινι αὐτὰ δοκεῖν γίγνεσθαι, δημοσιώσαντες.

Man beschränkte sich darauf, den abgehenden Magistraten die Amtsgewalt zu verlängern und sie für das nächste Jahr als Prokonsuln, Proprätoren, Proquästoren beizubehalten.

Dabei denkt Rubino an einen Senatsbeschluß, während Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 1[3] S. 104 Anm. 1 ein Gesetz der Centuriatkomitien zugrunde legen dürfte.

Für Mommsen scheint zu sprechen das ἐν νόμῳ δή τινι. Mir ist indes der Satz mit dem νόμῳ gar nicht recht klar geworden. Ob statt dessen νομῷ zu setzen? Das αὐτά kann sich doch nur beziehen auf οἰωνίσματα. Diese Auspizien waren aber an eine Oertlichkeit gebunden. Urbs und ager waren verschiedene Auspiziengebiete. Das pomoerium war die Grenze für die urbana auspicia. Der römische ager extra urbem hatte besondere Auspizien. Für die extra urbem, wenn auch ad urbem vorzunehmenden magistratischen Handlungen, wie die Abhaltung der Centuriatkomitien, waren die Auspizien extra urbem einzuholen. Dann gab es auch Auspizien, die auf dem Kapitol eingeholt wurden, der urbs und ager gemeinschaftlich beherrschte. Vgl. Karlowa, Intra pomoerium, S. 10 flg.

Unter Zugrundelegung von νομῷ hätten wir zu übersetzen: damit es den Anschein habe, als fänden die Auspizien in einer Art von Wohnsitz statt. Und in dem auf δημοσιώσαντες folgenden Satze ὥςτε καὶ τὸν δῆμον δι' αὐτῶν τήν τε πόλιν ἅπασαν ἐνταῦθα εἶναι νομίζεσθαι wäre das δι' αὐτῶν, das Anstoß erregt hat, ebenfalls zu den οἰωνίσματα in Beziehung zu setzen.

Mögen wir übrigens einen Beschluß des Senates oder der Centuriatkomitien annehmen, zu einem ganz regelrechten Verfahren gelangen wir trotz des geweihten Platzes auf keine Weise. Denn der Beschluß des Senates ist in ähnlicher Weise örtlich an Rom gebunden, wie die Komitien: vgl. Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 3 S. 925.

Also nötigenfalls wurde schon zur Zeit der Republik auch ein Stück Provinzialboden in römischer Art geweiht.

Für die spätere Zeit ist zu bedenken, daß der Oberpontifikat

seit dem Jahre 742/12 mit der kaiserlichen Würde stetig vereinigt geblieben: siehe Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 2[3] S. 1107; und daß man einem kaiserlichen Oberpriester nicht füglich verwehren konnte, in die sakralen Verhältnisse der Provinzen einzugreifen.

So setzt z. B. Plinius in einem Briefe an Trajan, ep. 78, bei Gesuchen um Leichenversetzung die Zuständigkeit des kaiserlichen pontifex maximus als selbstverständlich voraus. Der Kaiser lehnt es aber, ep. 79, aus sachlichen Gründen ab, sich mit diesen Dingen zu befassen; und überläßt sie, der bisherigen Praxis entsprechend, den Provinzialstatthaltern.

Auf Grund dieser Erwägungen halte ich eine Streichung des non bei Gajus für mehr als bedenklich.

Was den positiven Umfang des pro sacro habetur der Provinzen anbetrifft, so wird dabei vor allen Dingen an die unendliche Zahl von Tempeln und Heiligtümern zu denken sein, die nach Peregrinenrecht geweiht waren oder ohne Weihe für heilig galten.

In bezug auf den Sprachgebrauch wäre noch hervorzuheben, daß Gallus Aelius in der bereits besprochenen Stelle aus Festus Th. 466. 468 sacer in einem weiteren Sinne nahm, als Gajus. Er beschränkte diesen Begriff nicht auf die Weihe ex auctoritate populi Romani, sondern umfaßte damit alles, quod quocumque modo atque instituto ciuitatis consecratum sit.

8. Von den res sanctae heißt es § 8: sie seien quodammodo diuini iuris.

Wir werden sie demnach auszuscheiden haben von den res sacrae und religiosae.

Bei diesen beiderlei Sachen ist alte Auffassung: sie gehören den Göttern. Dieses Eigentum der Götter wäre bei den res sanctae abzuweisen. Sie stehen aber unter dem Schutze des göttlichen Rechtes.

Wie dieser Schutz entstanden sein mag, ob es vielleicht einer feierlichen Handlung bedurfte? Sanctus kommt von

sancire, das nach Walde S. 537 bedeutet 'durch religiöse Weihe unverletzlich machen'. Ebensowenig wissen wir, worin sich diese Heiligkeit geäußert haben mag.

Als Beispiele nennt' Gajus Mauern und Tore. Ihm schließen sich an I. I. II, 1 § 10. Varro wollte die Stadttore ausscheiden: Plut. quaest. Rom. 27. Und Gallus Aelius bei Fest. Th. 386 Wort Religiosus gedenkt nur der Stadtmauer: sanctum murum, qui sit circum oppidum. Ferner heißt es bei Cic. de nat. deor. 3, 40 § 94: proque urbis muris, quos uos, pontifices, sanctos esse dicitis. Also auch in dieser Beziehung Unsicherheit.

Nach Mommsen, Ges. Schr., Bd. 3 S. 545 ist 'res sancta eine im Eigentum der Menschen (gewöhnlich des Staats) aber unter besonderem göttlichen Schutze stehende, eine befriedete Sache'. Dagegen wird von Marquardt-Wissowa, Röm. Staatsverw., Bd. 3² S. 145 für sanctum erklärt 'dasjenige, welches weder Eigentum eines Gottes noch eines Menschen'.

Meines Erachtens weisen die von Gajus gebrachten Beispiele darauf hin, daß wir unsern Ausgang zu nehmen haben von res nullius, d. h. Sachen, die sich in niemands Privateigentum befanden.

Jedenfalls handelt es sich um einen altertümlichen Begriff des Sakralrechtes, der schon frühzeitig abgestorben sein wird und es zu einer festen Abgrenzung vielleicht nie gebracht hat. Er scheint verwandt zu sein dem griechischen ὅσιον: siehe darüber Leist, G. J. R. S. 240 flg.

Später erlebt das sanctum im weltlichen Recht eine Art von Auferstehung, ohne daß aber damit der Begriff an Bestimmtheit gewonnen hätte.

Sanctum ist jetzt ein Etwas, dessen Verletzung mit Strafe bedroht wird. Marcianus fr. 8 pr. de diu. rer. 1, 8: Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est. Die leges sind sanctae wegen ihrer sanctio: Ulp. fr. 9 § 3 de diu. rer.

Die Mauern werden als regelmäßiges Beispiel beibehalten: Pomp. fr. 11; Marcianus fr. 8 § 2: Ulp. fr. 9 § 4 ebenda. Daneben gedenkt der Tore und anderer Sachen Hermog. fr. 2 ne quid in loco sacro fiat 43, 6.

9. Was göttlichen Rechtes, gehört niemand. Der Satz ist hinübergenommen in die Epit. II, 1 § 1 wie die Justinianische Gesetzgebung: I. I. II, 1 § 7; Gai. fr. 1 pr. de diu. rer. 1, 8; Marcian. fr. 6 § 2 ebenda.

Justinian gestattete aber c. 21 de sacros. eccl. 1, 2 vom Jahre 529 Veräußerung zwecks Einlösung Kriegsgefangener. Ferner ist hier auch schon die Rede von einem uindicare, das den episcopi, oeconomi und sacrorum uasorum custodes zustehen soll, sowie sonstigen Klagen. Das will alles nicht recht passen zu dem nullius in bonis est.

In dieser Beziehung wäre zu bemerken, daß schon Agen. Urb. 87 u. 21 von den luci sacri behauptet: quorum solum indubitate p. R. est. Lachmann hat diese Worte sogar mit auf Front. 56, 21 übertragen, das halte ich für bedenklich.

2. Dominium. II, 7.

Dominium in der Bedeutung von 'Eigentum' ist Gajanischer Sprachgebrauch. Wir sind ihm schon begegnet I, 54. Näher habe ich davon gehandelt Der Rtsgel. Gaj. S. 64.

Später finden wir diesen Sprachgebrauch häufiger.

Bei Pap. fr. uat. 9. 263; Paul. sent. 4, 8 §§ 6. 23; Ulp. lib. sing. 19 §§ 2. 7. 8. 16; coll. 12, 7 § 10.

An Pandektenstellen kommen in Betracht Pap. fr. 80 leg. 2. Tryph. fr. 12 pr. de distr. pign. 20, 5; fr. 75 de iure dot. 23, 3; fr. 63 § 4 de adq. rer. dom. 41, 1. Marcianus fr. 5 § 1 de statu hom. 1, 5; fr. 5 § 1 ad leg. Iul. de ui publ. 48, 6. Paul. fr. 18 de pign. 20, 1; fr. 61 pr. ad S. C. Treb. 36, 1; fr. 5 pr. fr. 18 § 15 de damno inf. 39, 2; fr. 3 § 4 de adq. uel am. poss. 41, 2; fr. 25 pr. fr. 50 fr. 188 pr. de uerb. sign. 50, 16. Ulp.

fr. 20 de statu hom. 1, 5; fr. 1 § 1 de off. proc. Caes. 1, 19; fr. 7 § 1 de usu fr. 7, 1; fr. 1 si seru. uind. 8, 5; fr. 42 § 2 de nox. act. 9, 4; fr. 10 § 1 de cur. fur. 27, 10; fr. 15 § 33 de damno inf. 39, 2; fr. 17 § 1 de adq. uel am. poss. 41, 2; fr. 15 § 8 quod ui aut clam 43, 24; fr. 67 pr. fr. 195 § 2 de uerb. sign. 50, 16.

Bei den Pandektenstellen ist freilich immer mit der Möglichkeit einer Interpolation zu rechnen, wie diese z. B. vorliegt bei Ulp. fr. 2 pr. de cond. inst. 28, 7: siehe Lenel n. 2473; Eisele, Z. R.G. Bd. 23 S. 317.

Endlich mag erwähnt werden grom. uet. 282, 19: utriusque agri dominium sui iuris esse testentur. Die Stelle ist entlehnt der agrorum quae sit inspectio, deren Abfassungszeit nicht feststeht.

Eine Zusammenstellung anderer Art, die erst beginnt mit Marcian, aber in den Codex hineinreicht, siehe bei M. Voigt, R. R.G. Bd. 2 S. 632 Anm. 1.

3. Der Provinzialboden. II, 7.

Das Gebiet einer Provinz deckt sich nicht mit dem Provinzialboden. Auszuscheiden ist das Gebiet, welches dem ius Italicum unterstellt worden; ebenso das Gebiet der freien und verbündeten Städte, für welche vor allen Dingen das Peregrinenrecht maßgebend.

Was übrigbleibt, soll nach Gajus sich befinden im Eigentum des römischen Volkes oder des Kaisers.

1. Dieses Eigentum hat bei Behandlung des Provinzialbodens vielfach den Ausgangspunkt gebildet. So gehen in neuerer Zeit wieder zu Werke Klingmüller und Rostowzew.

Klingmüller, Philologus, Bd. 69 S. 71 flg. legt zugrunde das Beuterecht.

Allerdings gehört die Beute dem Staate: Mod. fr. 15 ad leg. Iul. peculatus 48, 13. Dies gilt insonderheit von dem eroberten Gebiete. Pomp. fr. 20 § 1 de capt. 49, 15:

publicatur enim ille ager qui ex hostibus captus sit. Aber dem Kriegszustande folgt der Friede. Die Provinz erhält ihr Grundgesetz, und der dadurch geschaffene Zustand ist für die Zukunft maßgebend: vgl. Marquardt, Röm. Staatsverw., Bd. 1² S. 500.

Selbst das fiskalische Einziehungsverfahren wird von Klingmüller S. 108 auf das Beuterecht zurückgeführt, 'da private Rechte am Provinzialboden nicht existieren'. Er beruft sich auf Stellen wie Paul. fr. 11 pr. de eu. 21, 2.

Dagegen ist folgendes einzuwenden. Eine solche Einziehung ist entweder eine Gewalttat oder vollzieht sich innerhalb der Rechtsordnung. Die Gewalttat scheidet für uns aus. Die rechtliche Einziehung geschieht entweder gegen oder ohne Entschädigung. Dieser Punkt kommt hier nicht in Betracht. Aus einer Einziehung von Rechts wegen folgt keineswegs, daß an dem betreffenden Grundstücke bisher keine Privatrechte bestanden, sondern nur, daß diese Privatrechte jetzt aufhören.

Rostowzew, Arch. für Pap.-Forschung, Beiheft 1 S. 236 geht zurück auf Hiero in Sizilien, gestorben 538/216, der wiederum beeinflußt gewesen von ägyptisch-hellenistischen Ideen. Ihnen habe entsprochen 'die schroffe Erklärung Hieros, daß er es eigentlich sei, welchem der Grund und Boden seines Reiches gehöre; denn dies ist der einzig denkbare Sinn der Erhebung der δεκάτη von dem ganzen Grund und Boden Siziliens'.

Schroffer noch wäre das Auftreten des Hiero jedenfalls gewesen, wenn er allen Grund und Boden an sich genommen hätte. Darin, daß Hiero den bisherigen Besitzern ihre Grundstücke ließ, könnte man eher eine Anerkennung ihres Eigentums finden. Die Erhebung von Steuern ist ein staatliches Hoheitsrecht, mit dem sich sehr wohl Privatrechte am Grund und Boden vertragen können.

Ich habe bereits, Rtsgel. Gaj., S. 66. 67, darauf hingewiesen, daß wir es hier zu tun haben mit einer eigenartigen Auffassung von Gajus. Er beruft sich allerdings auf eine

Mehrzahl. Waren dies vielleicht Angehörige der Provinz? Möglich wäre auch, daß ein Mißverständnis vorläge.

Martin Fehr, Z. R.G. Bd. 45 S. 392 Anm. 5 meint freilich: die in Frage stehende Stelle, II, 7, besage in Wirklichkeit nur, daß die Frage umstritten war, ob im Provinzialboden ein solum religiosum entstehen könne; das dominium p. R. uel Caesaris scheine außer Zweifel zu stehen.

Wie kommt es denn aber, daß für dieses Staatseigentum kein weiteres Zeugnis vorliegt? Und wie stimmt das 'außer Zweifel' zu dem pleno iure in II, 19, auf das II, 21 Bezug genommen wird? Die Streitfrage findet in der Weise ihre Erledigung, daß der Grabstätte in der Provinz zwar die Eigenschaft eines locus religiosus versagt, sie aber als locus religiosus behandelt wird. Es heißt pro religioso habetur; wie man etwa sagt pro cancellato, pro non scriptis haberi: Scaeu. fr. 47 § 1 de pactis 2, 14; Marcian. fr. 3 § 2 de his quae 34, 8. Das Staatseigentum erscheint hier als ein unbequemer Gast, mit dem man nichts Besseres anzufangen weiß, als daß man ihn möglichst bald wieder verabschiedet.

Eine sehr rücksichtsvolle Behandlung kann ich das gerade nicht nennen. Ich frage daher nach dem weiteren Inhalt dieses Eigentums. Mir ist kein weiterer bekannt. Wir hätten demnach vor uns ein Staatseigentum ohne Inhalt. Das heißt: kein Staatseigentum.

2. Jedenfalls steht die Rechtsordnung in den Provinzen, soweit wir sie kennen, nicht in Einklang mit der Annahme eines staatlichen Eigentums am gesamten Provinzialboden.

a) Dies hat Mommsen, R. Staatsr., Bd. 3 S. 1004 Anm. 2 in bezug auf Aegypten schon selber zugegeben. Es heißt hier: 'Der Domanialbesitz in Aegypten war bedeutend . . Im übrigen aber kennt das ägyptische Recht auch unter dem Prinzipat ein privates Bodeneigentum . .; und ob die römische Theorie, daß der Provinzialboden entweder der Gemeinde oder dem Kaiser gehöre, auf dieses Land Anwendung gefunden hat, ist mehr als zweifelhaft.'

Mit Eger, Zum ägyptischen Grundbuchwesen, S. 31 flg. haben wir in Aegypten für die Zeit von der römischen Okkupation bis zur diokletianisch-konstantinischen Epoche, indem wir uns ihre rechtlichen Eigenschaften betrachten, folgende Arten von Grund und Boden auseinanderzuhalten:

1. γῆ βασιλική, Staatsdomäne, auch γῆ δημοσία genannt im Gegensatz zum Privatland;

2. γῆ οὐσιακή, Krondomäne;

3. γῆ ἱερά, Tempelgut, das der staatlichen Verwaltung unterliegt;

4. γῆ προσόδου, vererbpachtetes Staatsland;

5. γῆ ἰδιόκτητος oder γῆ ἰδιωτική, Privatland;

6. κατοικικὸς κλῆρος;

7. οἰκίαι.

Das unter 1—3 aufgeführte öffentliche Land wurde vergeben an μισθωταί (Großpächter) und γεωργοί (Kleinpächter). Die γῆ ἰδιωτική unterlag der Besteuerung. Die γῆ κατοικική wird streng von dem übrigen Grund und Boden unterschieden. Die rechtliche Stellung ihres Inhabers ist aber noch nicht klar; namentlich nicht ermittelt, inwiefern er sich von einem gewöhnlichen Eigentümer unterschieden haben mag. An den οἰκίαι mit ihrem Zubehör, den οἰκόπεδα (Hausstellen) usw., den menschlichen Wohnstätten mit ihren nächsten Umgebungen, ist ebenfalls Privateigentum anzunehmen.

Nach Rostowzew a. a. O. S. 152 bestand das Staatsland im römischen Aegypten aus folgenden Kategorien: der γῆ δημοσία und βασιλική einerseits, der γῆ προσόδου und οὐσιακή andererseits. Die γῆ δημοσία ist der römische ager publicus, die γῆ βασιλική das ptolemäische Königsland. Miteinzurechnen ist die γῆ ἱερά. Die Privatleute sind nach S. 149 beteiligt mit ihren Häusern und den οἰκόπεδα, dazu kommt die zu 'richtigem Privatbesitz' gewordene γῆ κατοικική, sowie die γῆ ἰδιόκτητος. In diesem 'richtigen Privatbesitz', wie Rostowzew sich ausdrückt, werden wir nichts anderes als das Privateigentum zu erblicken haben.

Wilcken, Grundzüge der Papyruskunde, Bd. 1 Hälfte 1 S. 287 flg. entwickelt über die Verteilung des Bodens in Aegypten für die frühe Kaiserzeit folgendes Bild.

Die römische Regierung hat nicht nur in viel weiterem Umfange als die ptolemäische die Bildung von Privatbesitz gestattet, sondern hat diesem Privatbesitz den Charakter des Privateigentums gewährt. Für dieses Privateigentum, für das, eben als Provinzialboden, Grundsteuer an den Fiskus, d. h. den populus Romanus zu zahlen war, gilt die Bezeichnung ἰδιωτικὴ γῆ.

Zu dieser ἰδιωτικὴ γῆ gehören jetzt auch das Kleruchen- und Katökenland.

Eine Abart der ἰδιωτική ist die ἰδιόκτητος γῆ.

Auseinanderzuhalten sind βασιλική und δημοσία γῆ.

Die οὐσιακὴ γῆ wird gebildet aus dem privaten Groß-grundbesitz von Römern und Griechen, der zum größten Teil in kaiserlichen Besitz überging und dann als Patrimonialboden der βασιλική und δημοσία gegenübertritt.

Die προσόδου γῆ ist sicher Staatsland, ihre Entstehung und Bedeutung liegt aber noch im Dunkeln.

Wenig klar ist die rechtliche Lage der ἱερὰ γῆ.

b) Sizilien war die erste römische Provinz: Cic. in Verr. 2, 1 § 2. Dieselbe erstreckte sich aber zunächst nur über den westlichen Teil, den die Römer nach dem ersten punischen Kriege 513/241 besetzten. Im zweiten punischen Kriege wurde auch Syrakus erobert und 544/210 ganz Sizilien zur Provinz gemacht. Seit 527/227 finden wir hier einen Prätor, seit 632/122 einen Proprätor. Die beiden Teile der Provinz ließ man insofern gesondert, als Sizilien zwei Quä-toren erhielt. Ein Grundgesetz empfing die Provinz erst in der lex Rupilia nach Beendigung des ersten Sklavenkrieges, der in die Jahre 619/135—622/132 fällt. Vgl. Marquardt, Röm. Staatsverw., Bd. 1^2 S. 242 flg.

Die anschaulichsten Schilderungen über Sizilien bringt Cicero in seinen Verrinen. Verres erhielt als Proprätor die

Provinz Sizilien 681/73, und seine Statthalterschaft wurde auf zwei weitere Jahre verlängert.

Eine Hauptstelle über die Bodenverhältnisse ist Cic. in Verr. 3, 6 § 13; vgl. damit Liu. 26, 40 § 14.

α) Vom eigentlichen Provinzialboden werden ausgenommen die verbündeten und freien Städte: quarum decumae uenire non soleant. Als verbündete Städte werden aufgeführt Messana und Tauromenium; anderswo 5, 22 § 56 rechnet Cicero Netum ebenfalls dahin. Quinque praeterea sine foedere immunes ac liberae.

Der Unterschied zwischen beiden Arten von Gemeinden beruht weniger auf dem Umfang der Vorrechte, als der Art, wie diese Vorrechte verliehen wurden. Die steuerfreien, selbständigen Gemeinden hatten ihre Bevorzugung einem Gesetze oder Senatsbeschlusse zu verdanken; beides konnte wieder rückgängig gemacht werden. Dagegen bei einem Bündnisse war eine einseitige Kündigung von Rechts wegen ausgeschlossen. Vgl. Marquardt, Bd. 1² S. 76 flg.

In den übrigen Gemeinden war der Acker zehntpflichtig: praeterea omnis ager Siciliae ciuitatum decumanus est. Und das war alte Einrichtung: itemque ante imperium populi Romani ipsorum Siculorum uoluntate et institutis fuit.

β) Eine Ausnahmestellung in anderer Richtung nahm dann aber wieder ein der ager publicus populi Romani, der sich auf wenige Gemeinden beschränkte: perpaucae Siciliae ciuitates sunt (superiori) bello a maioribus nostris subactae, quarum ager cum esset publicus populi Romani factus, tamen illis est redditus; is ager a censoribus locari solet.

Gemeinden dieser Art waren Amnestratus und Leontini. Cic. in Verr. 3, 39 § 89: Amnestratinos . . ex agro populi Romani; in M. Ant. or. Phil. 2, 39 § 101: de agro Leontino . . in populi Romani patrimonio; ebenda 3, 9 § 22: in agro publico campi Leontini.

Der Acker von Amnestratus und Leontini war gerade so gut zehntpflichtig wie der Provinzialboden im allgemeinen: in Verr. 3, 39 § 88; 49 § 117. Der Zehnte wurde regelmäßig in Sizilien durch die dortigen Quästoren verpachtet: in Verr. 3, 7 § 18.

Nun heißt es von diesem Acker: is ager a censoribus locari solet. Das kann sich nicht ebenfalls auf eine Verpachtung des Zehnten beziehen, wie z. B. M. Voigt, Ius nat., Bd. 2 S. 398 Anm. 459 sich vorstellt. Wir werden hierunter vielmehr eine andere Abgabe zu verstehen haben, die neben dem Zehnten erhoben wurde: vgl. Marquardt, Bd. 2[2] S. 250 Anm. 3; Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 2[2] S. 431 Anm. 3. Welcher Art diese Abgabe war, läßt Marquardt dahingestellt sein, während Mommsen gewöhnliches Pachtgeld annimmt. Zu dieser Ansicht Mommsens stimmt aber nicht recht in Verr. 5, 21 § 53: qui publicos agros arant, certum est, quid e lege censoria debeant. Hiernach kannten die Inhaber der Aecker genau die Summe, welche sie auf Grund der lex censoria zu zahlen hatten. Diese wird also in der lex censoria schon enthalten gewesen sein. Als Gegenstand der Verpachtung hätten wir uns demnach vorzustellen: ein Grundstück, für welches der Inhaber eine bestimmte Geldsumme zu zahlen hat.

Rein sachlich betrachtet, wäre demnach in erster Linie die Eintreibung des certum verpachtet gewesen. Wenn dieses certum z. B. 100 betrug, zahlte der Pächter vielleicht 90 oder 95, indem er zugleich einstand für die Zahlungsfähigkeit des Ackermannes und nötigenfalls selber die Bewirtschaftung zu übernehmen hatte.

So lag denn den Einrichtungen in Sizilien keineswegs ein einheitlicher Gedanke zugrunde: weder griff überall das Beuterecht Platz, noch betrachtete man allgemein den Provinzialboden als Eigentum des römischen Volkes. Die Römer richteten sich nach den Umständen. Das Beuterecht wurde nur in bezug auf wenige Gemeinden geübt und dadurch gemildert,

daß man den Acker zurückgab, wenn man ihm auch größere Lasten auferlegte. Im allgemeinen wurden die alten Zustände beibehalten, nur daß Rom den Zehnten jetzt für sich beanspruchte. Vgl. in Verr. 3, 6 § 12: Siciliae ciuitates sic in amicitiam fidemque recepimus, ut eodem iure essent quo fuissent, eadem condicione populo Romano parerent, qua suis ante paruissent.

c) Dies alles erkennt Mommsen, R. Staatsrt., Bd. 3 S. 730 für Sizilien im allgemeinen als richtig an. Es soll indes später ein entgegengesetztes Prinzip zur Anwendung gekommen sein, indem das gesamte Gebiet der Untertanen als Domäne des römischen Volkes behandelt wurde. Zuerst sei durch das von C. Gracchus rogierte Gesetz im Jahre 631/123 und 632/122 die neue Provinz Asia so eingerichtet. Die Ordnung für Spanien und Afrika vertrage sich noch besser mit dem älteren System, dagegen wäre die censoria locatio von Asia nur möglich vom Standpunkt der Domanialnutzung.

Dann sollen wieder die nach dem neuen System eingerichteten Provinzen im wesentlichen wie Sizilien und Makedonien geordnet sein. ‘Die Abgaben, die von ihnen gefordert wurden, waren praktisch Steuern, wenn sie gleich der juristischen Konstruktion nach als Bodenzins angesehen wurden.’

Mir scheint eine juristische Konstruktion, die einen praktisch gegebenen Begriff in etwas anderes umwandelt, von recht zweifelhaftem Werte zu sein.

Das neue System soll durch die lex Sempronia des C. Gracchus nicht bloß für die Zukunft ein für allemal festgestellt, sondern ihm sogar allmählich auch für die früher eingerichteten Provinzen rückwirkende Kraft gegeben sein. Daß dies für Afrika zutreffe, zeige das Ackergesetz vom Jahre 643/111. Verweilen wir ein wenig bei diesem Gesetze. Ich lege dabei zugrunde Mommsens eigenen Kommentar zu diesem Gesetze C. I. L. I n. 200 pag. 75—106 = Ges. Schriften, Bd. 1 S. 65 flg. 119 flg.

d) Mommsen S. 119 unterscheidet selber in Afrika drei Gruppen: agri priuati iure Quiritium, agri priuati iure peregrino, agri publici populi Romani.

Demgegenüber ist zunächst hervorzuheben, daß diese drei Kunstausdrücke in dem ganzen Abschnitte, Zle. 43—96, nicht vorkommen.

Dem ager priuatus ex iure Quiritium unterstellt Mommsen den ager colonicus. Eine genauere Fassung wäre Quoi colono eiue, quei in colonei numero scriptus est, ager locus in ea centuria supsiciuoue ex h. l. datus adsignatus est. Vgl. Zle. 45. 55. 59—61. 66—69. 79.

Es handelt sich um die Kolonie, welche von C. Gracchus im Jahre 631/123 nach Karthago ausgeführt wurde auf Grund einer lex Rubria.

Die Kolonen waren römische Bürger oder wurden es mit dem Acker, den sie erhielten. Daß sie ihre Aecker ex iure Quiritium innehatten, wird man Mommsen zugeben müssen.

War Kolonenland von Staats wegen versteigert, so hatte der Betroffene einen Anspruch auf Schadensersatz, welcher in der Weise erfolgen konnte, daß ihm anderweitiges Land überwiesen wurde. Dieser ager commutatus redditusue hatte dann dieselbe rechtliche Eigenschaft wie sonstiges Kolonenland. Vgl. Zle. 66—69. 79. 91.

Der ager priuatus ex iure peregrino umfaßt nach Mommsen das Gebiet von sieben Städten, die Steuerfreiheit genossen, quei ager intra finis populorum leiberorum; sowie das Ueberläufern eingeräumte und assignierte Land, ager perfugis datus adsignatusue: Zle. 75. 76. 79. 80. 85.

Das übrige Ackerland soll nach Mommsen ager publicus populi Romani sein.

e) Wir stoßen hier aber auf eine Reihe ganz verschiedenartiger Verhältnisse.

α) An die Spitze stellt Mommsen den ager priuatus uectigalisque. Die Bezeichnung ager priuatus für Staatseigentum wäre doch wohl so verwirrend wie nur möglich. Ich

erblicke darin Privateigentum, auf dem eine Abgabe ruhte: Zle. 49. 66. Insonderheit haben wir keinen Grund, mit Mommsen dieses uectigal von einer bloßen Scheinabgabe zu verstehen: vgl. Weber, Agrargesch., S. 152; Rostowzew, Beiheft, S. 316. Das uectigal wird von den Römern verpachtet sein. Zle. 87: Magistratus proue magistratu . . publica populi Romani in Africa sunt eruntue, uectigalia fruenda locabit uendetue. Ich werde dem ager priuatus uectigalisque noch eine besondere Ausführung widmen: siehe Erkl. 4.

β) Weiter ist die Rede von einem Acker, quem IIuir ex h. l. stipendiarieis dederit adsignauerit: Zle. 77. 80. Es wird dies Acker sein, vielleicht vom eroberten Lande, der an solche gegeben und adsigniert war, welche dafür ein Stipendium entrichten mußten. Unter Stipendium wird man eine bestimmte Abgabe zu verstehen haben. Auch in Sizilien sind wir einem derartigen certum begegnet.

γ) Scipio hatte den Kindern des Königs Massinissa Ackerland überwiesen. Es heißt Zle. 81: leib⟩ereis regis Massinissae dedit, habereue fruiue iusit. Die wiedergegebenen Ausdrücke waren vielleicht die von Scipio gebrauchten. Ob die Gabe auf beliebigen Widerruf erfolgte, wie Mommsen annimmt? Die betreffenden Ausdrücke, die uns gleich näher beschäftigen werden, dürften vielmehr für Privateigentum sprechen.

δ) In derselben Zle. 81 ist von Acker die Rede: quem x uirei, quei ex h. l. Liuia factei createiue fuerunt, Uticensibus reliquerunt adsignauerunt. Utica war eine der sieben steuerfreien Städte; das hier adsignierte Ackerland wird Eigentum der Stadt geworden sein.

ε) Ferner ist in derselben Zle. 81 die Rede von Ackerland: ubei oppodum Char⟨tago⟩ fuit qu⟨ondam⟩. Mommsen erklärt diesen Acker ohne weiteres für ager publicus populi Romani. Er war aber durch Konsekration diuini iuris geworden. Vgl. Cic. de leg. agr. 1, 2 § 5; 2, 19 § 51.

ζ) Die Wege, worauf sich anscheinend Zle. 89 bezieht, standen älterer Auffassung zufolge in niemands Eigentum. Siehe unten Erkl. 11.

η) Die durch die lex Sempronia geschaffene Steuerfreiheit wird aufrecht erhalten, mag es sich um Ackerland oder Weideland handeln. Hier tritt uns entgegen ein habere possidere frui. Wir werden es also zu tun haben mit steuerfreiem Privateigentum auf Provinzialboden.

War derartiges Land vom Staate eingezogen, so wurde der Eigentümer entschädigt durch sonstiges Land, dem aber ebenfalls die Steuerfreiheit verliehen wurde. Zle. 82: pro eo agro loco neiue uectigal neiue decumas nei scripturam, quod post h. l. r. fruetur, dare debeto.

ϑ) Die Abgabepflicht des Peregrinen ist dieselbe, wie die des römischen Bürgers. Das Recht des römischen Bürgers am abgabepflichtigen Land wird ebenfalls als ein possidere aufgefaßt. Zle. 83: uectigal decumas) scripturam populo aut publicano item dare debeto, utei pro eo agro loco, quem agrum locum populu(s . . que)m agrum locum ceiuis Romanus ex h. l. possidebit, dare oportet.

4. Fortsetzung. Ager priuatus uectigalisque.

Das Bild, welches ich hier auf Grund der lex agraria entworfen habe, macht auf Vollständigkeit keinen Anspruch. Es treten uns noch weitere Verschiedenheiten entgegen. Allein der trümmerhafte Zustand dieses Gesetzes läßt nicht alles deutlich erkennen. Im Vordergrunde steht jedenfalls der ager priuatus uectigalisque, dem ich noch eine kurze Betrachtung widmen will.

1. Ein Hauptentstehungsgrund ist das publice uenire. Der römische Staat verkauft von dem eroberten Boden an Privatpersonen, sei es an Peregrinen oder römische Bürger. Zle. 48: quei Romae publice; Zle. 52: fruaturque item, utei sei is ager locus publi(ce; Zle. 58: quei ager publice non uenieit; Zle. 65: sei is) ager locus, quei ei emptus

fuerit, publice uenieit; Zle. 67: quod eius publice non uenieit; Zle. 73: publice uenieit) uenierit; Zle. 74: quei Romae publice ueniei(t) uenieritue; Zle. 83: quei Romae publice uenierit; Zle. 91: publice uenieit; Zle. 92: quaestor praetorue pu(blice uendiderit.

Nicht aller Acker wurde verkauft: quei ager publice non uenierit. Es wird mithin Staatsland übriggeblieben sein.

2. Der öffentliche Verkauf war nur der im Gesetze vorzugsweise berücksichtigte Entstehungsgrund für den ager priuatus uectigalisque. Er konnte auch auf andere Weise entstehen: utei sei is ager locus publice.

Einen Fall dieser Art dürften wir vor uns haben Zle. 65. 66. Vgl. Rudorff, Z. g. Rtsw., Bd. 10 S. 112. Es ist Ackerland öffentlich verkauft, das durch Kauf erworben war: ager locus, quei ei emptus fuerit, publice uenieit.

Bemerkenswert quei ei emptus 'welcher für ihn genommen'; d. i. hier so viel wie 'welcher an ihn verkauft'. Nach Gajus fr. 19 de a. e. u. 19, 1 gebrauchten die Alten emere sowohl für den Verkäufer wie den Käufer; und noch Julian fr. 7 § 4 pro empt. 41, 4 nennt einen Verkäufer emptor.

Dieser Käufer soll Anspruch haben auf ebensoviel Land: tantundem modum agri locei de eo agro loco, quei ager lo(cus in Africa est, quei publice non uenieit. Dafür hat er einen Scheinpreis zu zahlen: HS n. I emptus esto. Auf diese Weise wird der eingetauschte Acker gleichfalls ager locus priuatus uectigalisque.

Einmal öffentlich verkaufter Acker darf nicht zum zweiten Male öffentlich verkauft werden. Es ist mithin anzunehmen, daß unser Käufer diesen Acker anderweitig erworben hatte. Und da er ager locus priuatus uectigalisque wird, liegt weiter der Gedanke nahe, daß der eingezogene Acker dieselbe Eigenschaft schon hatte. Dann müßte der ager priuatus uectigalisque, auch abgesehen von dem öffentlich verkauften, den Gegenstand von Rechtsgeschäften gebildet haben. In diesem

öffentlichen Verkauf hätten wir demnach nicht dessen Ursprung zu suchen, sondern nur eine Nachbildung inländischer Zustände. Es wird sich mit Afrika ähnlich verhalten haben wie mit Sizilien. Der inländische ager priuatus uectigalisque Afrikas entspricht dem ager decumanus Siziliens.

Rostowzew, Beiheft 1 S. 316 bemerkt: ‘Auf diese Weise hat sich gleich nach der Eroberung ein großer Privatgrundbesitz in Afrika gebildet, welcher wohl an die Stelle des karthagischen Privatgrundbesitzes getreten ist.’

Privatgrundbesitz reicht jedenfalls für die römische Zeit nicht aus, er ist zu ersetzen durch Privateigentum.

3. Der Inhalt dieses Privateigentums wird bei dem Ackerlande, welches die Kinder des Massinissa im Jahre 608/146 von Scipio erhielten, Zle. 81 mit habereue fruiue wiedergegeben. An anderen Stellen hat sich ein possidere hinzugesellt. Zle. 50: habebit possidebit (fruetur; Zle. 52: habeat pos)sideat fruaturque; Zle. 82: habebit) possidebit frueturue; Zle. 92: habet possidetu)e fruiturue. Einem einfachen possidere begegnen wir Zle. 83: possidebit; Zle. 80: possidebunt. Damit wird es wohl eine andere Bewandtnis haben.

Auf der ara legis Hadrianae Bruns n. 115 S. 2 Zle. 7—9 heißt es: isque qui occupauerint possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi id ius datur. Hier ist kein Eigentum anzunehmen, denn dann würde sich das heredi suo relinquendi ius von selber verstanden haben. Auch fehlt das habere. Rostowzew, Beiheft 1 S. 350 flg. versteht die Worte von richtigen Kolonen.

4. Eine weit verbreitete Ansicht geht dahin, daß wegen des uectigal ein Obereigentum des Staates anzunehmen sei.

Es kommt darauf an, was wir unter uectigal verstehen. Vectigal ist eine Staatseinnahme, die z. B. auch in einem Pachtgelde bestehen kann: Soc. publ. S. 2. Insofern ein Staat Pachtgelder einnimmt für Grundstücke, die er verpachtete, spricht eine gewisse Vermutung dafür: daß der Staat Eigen-

tümer dieser Grundstücke. Aber neben einer Grundsteuer hat das Eigentum des Zahlungspflichtigen noch vollen Raum.

Wie wenig das uectigal für den in Frage stehenden Eigentumsbegriff in Betracht kommt, dafür liefert unser Gesetz selber den Beweis. Das habere possidere frui beschränkt sich nicht auf die mit uectigal belasteten Grundstücke, sondern ergreift ebensogut, wie aus Zle. 82 hervorgeht, die steuerfreien.

5. Fortsetzung. Die Zustände in Italien.

Für die Verhältnisse, die hier in Frage stehen, dürfte es sich empfehlen, einen Blick zu werfen auf die Zustände in Italien.

1. Ich beginne mit den trientabula.

a) Im Jahre 544/210 wurde vom römischen Staate eine Anleihe aufgenommen: Liu. 26, 36 § 8. Die Rückzahlung sollte laut Senatsbeschluß nach Liu. 29, 16 § 3 in drei Terminen stattfinden: das eine Drittel sollte gezahlt werden im Jahre 550/204, das zweite Drittel 552/202, das letzte Drittel 554/200. Die zweite Rate ist aber erst im Jahre 558/196 berichtigt worden: Liu. 33, 42 § 3. Und wegen der dritten Rate wurden die Gläubiger durch Abtretung von Staatsacker zufriedengestellt, der im Umkreise von fünfzig Meilen lag. Den Ausdruck trientabulum erklärt Liu. 31, 13 § 9 dahin: quia pro tertia parte pecuniae datus erat (nämlich ager). Nach Mommsen, Ges. Schr., Bd. 1 S. 106 ist es herzuleiten von einem anzunehmenden trientare.

Die näheren Bedingungen teilt uns Liu. ebenda §§ 7. 8 gleichfalls mit: consules agrum aestimaturos et in iugera asses uectigal testandi causa publicum agrum esse impositures, ut, si quis, cum soluere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo.

Die trientabula sind von Rudorff, Röm. Feldmesser, Bd. 2 S. 285 flg.; Mommsen, C. I. L. I pag. 98. 99 = Ges. Schr., Bd. 1 S. 128; Pernice, Z. R.G. Bd. 18

S. 75; Weber, Röm. Agrargesch., S. 37 flg.; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1275 mit dem ager quaestorius in Verbindung gebracht worden. Jedenfalls finden wesentliche Unterschiede statt. Es ist bei den trientabula weder von Quästoren noch einer Messung die Rede; Konsuln sollen den Acker abschätzen. Ferner liegt gar kein Verkauf vor, sondern eine Hingabe an Zahlungs Statt. Zudem dürften die Nachrichten über die rechtliche Natur der trientabula genauer sein. Wir gehen also wohl sicherer, wenn wir diese in erster Linie berücksichtigen. Auf den ager quaestorius werde ich unter 2 zurückkommen.

Den Gläubigern wird nach Livius ein habere agrum eingeräumt mit der Befugnis, den Acker gegen den Schätzungspreis an den Staat abzutreten, wann derselbe zahlen könne. Das ist kein einfaches Haben, sondern, rein sachlich betrachtet, Eigentum, belastet mit einer Resolutivbedingung, deren Eintritt noch dazu vom Willen des Gläubigers abhängt.

Was heißt nun: in iugera asses uectigal testandi causa publicum agrum esse impositturos?

Der as für die einzelnen iugera ist ein Scheinvectigal, der wohl die wirkliche Pachtsumme zu vertreten hatte. Auf diese Weise soll bezeugt werden: publicum agrum esse. Das ist dahin verstanden: daß der Acker jetzt noch Staatsacker sei. Und diese Ansicht läßt sich nicht völlig zurückweisen. Aber ein Scheinvectigal kann doch nicht mehr beweisen, als den wirklichen Sachverhalt, d. i. im vorliegenden Fall ein Scheineigentum. In Wahrheit ist das Recht des Staates ersetzt worden durch die entfernte Aussicht: daß der an Zahlungs Statt angenommene Acker möglicherweise einmal wieder Staatsacker werden könne.

Wir ersehen daraus zugleich, daß der Ausdruck publicus nicht notwendig auf wirkliches Staatseigentum hinweist; sondern auch da am Platze ist, wo anderweitige Beziehungen zum Staate in Frage stehen.

Bemerkenswert sind in dieser Beziehung die arua publica

bei Frontinus 4, 1. 2. Daran nimmt Anstoß Aggenus Urbicus. Er bemerkt und erläutert 4, 9 flg.: nam quod publica arua coli dicit, ne ammiremini; nam ideo publica hoc loco eum dixisse aestimo, quod omnes etiam priuati agri tributa atque uectigalia persoluant.

b) Trientabula waren noch im Jahre 643/111 vorhanden, wie sich ergibt aus lex agr. Zle. 31. Die Berechtigung der Einzelnen wird Zle. 32 in folgende Worte gekleidet: quibus ante h. (l. rog. eum agrum locum con)ductum habere frui possidere defendere licuit.

Beim italischen Grund und Boden haben wir von zwei Hauptgruppen unseren Ausgang zu nehmen: er gehörte entweder dem römischen Volke, oder er stand im quiritischen Eigentum der römischen Bürger. Der Staatsacker wurde zum Teil in der Weise verwertet, daß man ihn verpachtete.

Zwischen beide Hauptgruppen stellten sich Zwittergebilde, und mit einem solchen Zwittergebilde haben wir es zu tun bei den trientabula. Dem Staate gehörte in Wahrheit ein solcher Acker nicht mehr, andererseits war er nicht vermessen und stand auch nicht im quiritischen Eigentum der Berechtigten.

c) Umschrieben wird die Berechtigung des Einzelnen mit habere frui possidere defendere. Sie ist vollständiger als die Ausdrucksweise für Afrika, indem noch ein defendere hinzutritt. Die vollständigere Bezeichnung wird die ältere sein, indem man später das defendere für selbstverständlich hielt. Dies defendere wird sich nicht bloß auf tatsächliche Verteidigung beziehen, sondern den Rechtsschutz mitumfassen.

Wir hätten uns demnach die Entwicklung so vorzustellen: daß sich bereits in Italien an einstmaligem Staatsboden ein nichtquiritisches Eigentum Privater entwickelt hatte, und daß man von diesem Gesichtspunkte aus auch den Provinzialboden betrachtete.

d) Daß, abgesehen von den trientabula, noch andere Verhältnisse dieser Art für Italien in Betracht kamen, läßt vermuten das habere possidere frui in Zle. 40 der lex agraria.

Insonderheit wird hierher zu stellen sein an Straßen liegendes Land, das ex senatus consulto mit Auflage der Wegebesserung Dorfbewohnern, uiasieis uicaneis, adsigniert war. Vgl. lex. agr. Zle. 11—13 und dazu Weber, Röm. Agrargesch., S. 143 flg. Denn eine Verletzung der erhaltenen Rechte wird Zle. 11 in folgender Gestalt verboten: nei quis facito, quo minus ei oetantur fruantur habeant po(ssideantque).

Ob das Ackergesetz des Ti. Gracchus einen ähnlichen Fall enthielt? Hiermit beschäftigt sich Pernice, Z. R.G. Bd. 18 S. 74. Ich lasse die Sache auf sich beruhen. Es handelt sich um ein Verhältnis, worüber wir nur mangelhaft unterrichtet sind, und das auch nur ganz kurze Zeit bestand.

e) Dagegen möchte ich noch hervorheben, daß das habere frui possidere außerhalb Italien nicht beschränkt geblieben ist auf den Provinzialboden. Man hat diese Bezeichnung mit Hinzufügung eines uti auch übertragen auf das Eigentum in freien Städten, wie wir sehen aus der lex Antonia de Termessibus vom Jahre 683/71. Und zwar wird damit umfaßt das Gemeindeeigentum wie das Privateigentum, das Eigentum an Grundstücken wie beweglichen Sachen. Zle. 12—35: quodque earum rerum ieis consulibus iei habuerunt possederunt usei fructeique sunt . . utei antea habeant possideant . . ea omnia Thermeses maiores Pisidae habeant possideant . . habuerunt possederunt usei fructeique sunt . . habuerunt possederunt usei fructeiue sunt . . habere possidere utei frueique liceto.

2. Mit den trientabula auf gleiche Stufe stellt Rudorff, Röm. Feldmesser, Bd. 2 S. 285 flg. den ager quaestorius.

In ähnlicher Weise gehen zu Werke Mommsen, C. I. L. I n. 200 pag. 98 = Ges. Schr., Bd. 1 S. 128; Marquardt, Röm. Staatsverw., Bd. 2[2] S. 156; Pernice, Z. R.G. Bd. 18 S. 75; Weber, Röm. Agrargesch., S. 37 flg.; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1275.

Mir ist die Sache gleichwohl recht zweifelhaft.

Der Quästorenacker wurde von den Quästoren verkauft. Die ersten Verkäufe dieser Art scheinen im Sabinerlande stattgefunden zu haben: Sic. Flaccus pag. 136 Zle. 15. 16. Einen Verkauf von Campanerland erwähnt Liu. 28, 46 § 4.

Rudorff bringt die quaestorii agri in Gegensatz zu den diuisi et assignati.

Ein solcher Gegensatz ist vorhanden. Vgl. z. B. Sic. Flaccus 151, 18: in quaestoriis et diuisis et assignatis agris. Aber dieser Gegensatz hat es vor allen Dingen mit der verschiedenen Aufteilung zu tun.

Bei dem Flächenmaße haben wir unseren Ausgang zu nehmen von der Furche, welche die Pflugstiere ohne Unterbrechung zu ziehen pflegen. Diese Furche wurde nach ältestem italischen Brauche zu 100 Fuß angesetzt. Dieses Längenmaß hieß actus; und in Anlehnung an den Längen-actus entstand der actus quadratus = 100 × 100 Fuß.

Die Meßstange war 10 Fuß lang. Balbus pag. 95 u. 6. 7: decempeda, quae eadem pertica appellatur, habet pedes X.

Die Umpflügung eines actus quadratus erforderte einen halben Tag. Einem ganzen Tagewerk entsprach ein doppelter actus. Dies ist das iugerum, das Hauptfeldmaß der Römer: Plin. n. h. 18, 3 § 9.

Vom Dezimalsystem sind die Römer übergegangen zum Duodezimalsystem. Demgemäß wurde der Längen-actus angesetzt zu 12 decempedae = 120 Fuß. Das ergibt für den actus quadratus 120 × 120 = 14 400 □-Fuß; für das iugerum 240 × 120 = 28 800 □-Fuß.

Beim ager diuisus adsignatus enthielt die Centurie durchschnittlich 200 iugera, beim Quästorenacker haben wir Quadrate von 10 × 10 = 100 actus = 50 iugera. Vgl. Sic. Flaccus pag. 152 u. 23—27: Quaestorii dicuntur agri quos ex hoste captos p. R. per quaestores uendidit. Hi autem limitibus institutis laterculis quinquagenum iugerum effectis uenierunt. Quem modum decem actus

in quadratum per limites demensi efficiunt; unde etiam limites decumani sunt dicti.

Zum diuidere adsignare ging man später über. Sic. Flaccus pag. 136 u. 20. 21: postquam ergo maiores regiones ex hoste captae uacare coeperunt, alios agros diuiserunt adsignauerunt.

Wegen des Näheren verweise ich auf Hultsch, Metrologie², S. 78. 83. 84; Schulten, Die röm. Flurteilung in Abh. der K. G. d. W. zu Göttingen, 1898, S. 9; Mommsen, Ges. Schr. Bd. 5 S. 96 flg.

Demnach haben wir es beim Quästorenacker mit einer älteren Aufteilungsweise zu tun, die für uns nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein kann; ebensowenig der Kaufpreis, während bei der Assignation die Gegenforderung zu fehlen pflegte.

Weber a. a. O. möchte für die Ermächtigung zum Verkaufe nur einen Senatsbeschluß annehmen. Indessen an einer gesetzlichen Grundlage bei der Veräußerung des Quästorenackers fehlt es durchaus nicht. Hyg. pag. 115 u. 15. 16: populus Romanus . . mandauit; Sic. Flacc. pag. 152 u. 23. 24: p. R. per quaestores uendidit. Allerdings heißt es bei Liu. 28, 46 § 4: agri Campani regionem . . uendere quaestores iussi; und bei dem iussi wird an einen Senatsbeschluß zu denken sein. Derselbe beruhte aber auf gesetzlicher Bestimmung: Liu. 26, 33 §§ 12—14.

Karlowa a. a. O. hält quaestorius et uectigalis ager für eine vollere Bezeichnung und folgert daraus, daß vom ager quaestorius stets ein uectigal zu entrichten war. Halbwegs derselben Meinung schon Huschke, Z. für vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 1 S. 192. Allein in den angeführten Stellen — Hyg. pag. 131 u. 11; 125 u. 19 — haben wir es mit zweierlei Arten Aeckern zu tun: einerseits den quaestorii agri, andererseits den uectigales bezw. uectigalibus subiecti

Diese zweierlei Aecker, die agri quaestorii wie die diuisi adsignati, werden sonstigen Aeckern entgegengesetzt, die im

Eigentum des römischen Volkes verblieben. Sic. Flacc. pag. 136 u. 21—137 u. 4: alii ita remanserunt, ut tamen populi Romani essent . . nam sunt populi Romani quorum uectigal ad aerarium pertinet.

Mithin wird sowohl an den quaestorii wie den adsignati das volle quiritische Eigentum erlangt sein und kein uectigal darauf gelastet haben.

Wir haben demnach zu unterscheiden den limitierten und den nicht limitierten Acker. Der nicht limitierte verblieb Staatsland, während der limitierte in Privateigentum, und zwar quiritisches, überging, mochte er verkauft oder verschenkt sein. Diese Gliederung tritt uns auch sonst entgegen. Vgl. z. B. Flor. fr. 16 de adq. rer. dom. 41, 1.

Die Veräußerungsbefugnis, sei es zum Zwecke der Belohnung oder gegen Entgelt, steht später dem Prinzeps zu: Paul. fr. 11 pr. de eu. 21. 2.

3. Weiter wäre zu gedenken der subsiciua.

a) Frontin. 1, 3—5 unterscheidet dreierlei Arten Land: una agri diuisi et adsignati, altera mensura per extremitatem conprehensi, tertia arcifinii qui nulla mensura continetur.

Davon sind die an zweiter Stelle genannten Aecker als eine spätere Bildung zu betrachten. Demnach bleiben als Gegensatz übrig: agri diuisi et adsignati und agri arcifinii. Vgl. Mommsen, Ges. Schr. Bd. 5 S. 92. 93.

Die agri diuisi et adsignati vertreten die Stelle des alten actus quadratus. Als ursprünglichen Gegensatz haben wir somit anzunehmen: den limitierten und nicht limitierten Acker.

Das quiritische Privateigentum entstand von Haus aus nur durch eine Limitation, die durch Gesetz angeordnet war.

An beiden Voraussetzungen fehlte es nicht dem ager quaestorius. Deshalb wird hier ebenso wie an den agri diuisi et adsignati das quiritische Eigentum erworben sein.

Dagegen fehlt die Limitierung bei den trientabula, auch

haben wir es nur zu tun mit einem Senatsbeschlusse. Hier war aber den Beteiligten ein habere frui possidere defendere zugesagt. Dadurch wurde das Eigentum des Staates zu einem bloßen Scheineigentum. Andererseits haben wir bei den Privaten ein doppeltes Eigentum zu unterscheiden: das quiritische und das nichtquiritische habere frui possidere.

Dieser letzteren Eigentumsgattung ist ferner unterstellt das Land der uiasiei uicanei; sodann der eigentliche Provinzialboden und selbst der Grund und Boden in freien Städten. Siehe unter 1 d. e.

b) Von diesem Gesichtspunkte aus haben wir jetzt die subsiciua zu betrachten.

Subsiciua sind die Schnitzel, welche abfielen bei der Limitierung. Was geschah damit?

Vielleicht reichten sie aus zu einer neuen Limitierung. Front. 53, 18—20: in his subsiciuis quidam iterum miserunt quibus agri adsignarentur.

Oder man überließ sie den Gemeinden. Front. 53, 20: quidam et subsiciua coloniis concesserunt.

Die deshalb auch etwaige Streitigkeiten auszufechten hatten. Front. 53, 20—22: ideoque semper hoc genus controuersiae a rebus publicis exercentur.

Diese Schnitzel waren im Laufe der Zeit zu Wertgegenständen geworden, denn die Anlieger hatten sich diese Schnitzel zu nutze gemacht und viele Jahre lang ungestört beackert. Front. 53, 22—24: per longum enim tempus attigui possessores uacantia loca quasi inuitante otiosi soli oportunitate inuaserunt et per longum tempus inpune commalleauerunt.

Viele Gemeinden verstanden es, für sich Kapital herauszuschlagen. So ist wohl zu verstehen Front. 54, 1—2: horum subsiciuorum multae res p. etiam si sero mensuram repetierunt, non minimum aerario publico contulerunt. Die Messung wird wiederholt sein zum Zwecke der Preis-

bestimmung, es wird genügt haben eine mensura per extremitatem.

Ebenso fingen auch an die Kaiser Vespasian und Titus sich in dieser Hinsicht ihrer Rechte zu erinnern: Front. 54, 3--11; Hyg. 133, 9—12. Das erweckte schon bei Vespasian manchen Notschrei, quia quassabatur uniuersus Italiae possessor.

Domitian beruhigte dann die Gemüter durch sein Edikt. Front. 54, 12. 13: et uno edicto totius Italiae metum liberauit. Er schenkte den Besitzern die Schnitzel. Hyg. 133, 12—14: Domitianus per totam Italiam subsiciua possidentibus donauit.

c) Die rechtliche Lage dieser Schnitzelbesitzer war durch das Edikt Domitians eine wesentlich andere geworden.

Vor Erlaß dieses Ediktes waren die Schnitzelbesitzer nicht berechtigt, ihren Besitz als solchen Dritten gegenüber gerichtlich zur Geltung zu bringen. Front. 54, 14: Haec controuersia numquam a priuatis exercetur. Das wäre Sache der Gemeinde gewesen. Insofern ist also der Besitz dieser Privatpersonen kein habere frui possidere, wie wir es bei den trientabula angetroffen haben.

Ob ein derartiges Verhältnis durch das Domitiansche Edikt hergestellt werden sollte? Der große Unterschied ist der: die bisherigen Kaiser hatten die Schnitzel zum Teil den Gemeinden überwiesen, Domitian wendet sich unmittelbar an die Besitzer.

Für bloßes habere frui possidere ließe sich anführen das Fehlen der Limitierung. Aber darüber konnten sich die Kaiser hinwegsetzen.

Eine Hauptstelle ist Sueton. Dom. c. 9: Subsiciua, quae diuisis per ueteranos agris carptim superfuerunt, ueteribus possessoribus, ut usucapta, concessit. Domitian behandelte die alten Besitzer, wie wenn sie usukapiert hätten: das weist doch hin auf quiritisches Eigentum.

Damit dürfte in Einklang stehen Agrorum quae sit

inspectio 284, 4—7: quae cum uelut communis iuris aut publici essent, possessionibus uicinis tunc Domitianus imp. profudit, hoc est ut eis lineis arcifinalem uel occupatoriam licentiam tribueret. Die Schnitzel gab Domitian den alten Besitzungen preis. Die geradlinigen Grundstücke wurden wieder in krummlinige verwandelt. Und wie sich das limitierte Land in quiritischem Eigentum befand, wird sich dieses Eigentum auch auf den Zuwachs erstreckt haben.

d) Es ist uns noch aufbewahrt eine Entscheidung, die Domitian in einem Rechtsstreite am 19. Juli 82 fällte, C. I. L. IX n. 5420 = Bruns[7] n. 82.

Augustus hatte Veteranen der vierten Legion in Falerio als Kolonen angesiedelt und, da das Gebiet dieser Stadt nicht ausreichte, von der Kolonie Firmum Land abgenommen. Dies war nicht ganz assigniert, und Firmum beanspruchte die subsiciua. Der Klage wird von Domitian nicht stattgegeben, denn Augustus habe seine Veteranen ermahnt: ut omnia subpsiciua sua colligerent et uenderent; was zweifellos geschehen sei: quos tam salubri admonitioni paruisse non dubito.

Der Hergang wird von Domitian dahin aufgefaßt, daß Augustus der neuen Kolonie sämtliche subsiciua überwiesen habe, auch die auf dem früheren Gebiete von Firmum belegenen. Der Verkauf war daher ein rechtmäßiger. Dieser Punkt wird aber nicht weiter untersucht, da alter Besitz vorliegt. Demgemäß bestätigt der Kaiser das Recht der Besitzer: propter quae possessorum ius confirmo.

Eingehender hat sich mit dem Falle beschäftigt Rudorff, Röm. Feldm., Bd. 2 S. 455 flg. In einem Punkte muß ich indes widersprechen.

Nach Rudorff soll die Entscheidung Domitians älter sein als sein allgemeines Edikt. Es ist aber wahrlich nicht einzusehen, warum nach Erlaß eines derartigen Ediktes ein Streit zwischen zwei Gemeinden nicht mehr möglich gewesen sein sollte über das Wieviel, das Augustus der einen Gemeinde

zugunsten der anderen genommen hätte. Mir will es sogar eher vorkommen, als wäre das possessorum ius confirmo bereits ein Ausfluß dieses allgemeinen Ediktes. Dann würde dasselbe gleich bei Beginn von Diocletians Regierung erlassen sein.

Nach Mommsen, Z. R.G. Bd. 36 S. 443 = Ges. Schr. Bd. 3 S. 152 soll nirgends gesagt sein, daß Domitian 'das staatliche Bodeneigentum in Munizipaleigentum verwandelt hat'. Richtig: denn er verwandelte staatliches Bodeneigentum nach meinem Dafürhalten in quiritisches Privateigentum. Nach Mommsen hingegen deute das possessorum ius confirmo vielmehr darauf hin, 'daß er nur auf die aus solchen Grundstücken zu ziehenden Nutzungen zugunsten der Gemeinden verzichtete'. Ich fürchte, daß auf diese Weise eher Schwierigkeiten in die Sachlage hineingetragen werden, als daß solche aufgehellt würden.

6. Fortsetzung. Praedia stipendiaria et tributaria II, 21.

Das Privateigentum ist mithin vom Provinzialboden keineswegs fernzuhalten. Insonderheit steht ihm nicht im Wege, daß der Staat davon Abgaben erhob.

1. Als solche Abgaben treten uns entgegen: uectigal, tributum, stipendium.

Vectigal, abgeleitet von uehere, weist zunächst auf Fuhren hin. Es war ursprünglich die ordentliche Abgabe, die verpachtet wurde. Das tributum war die außerordentliche Abgabe, die unmittelbar eingezogen wurde.

Stipendium ist ein bestimmter Betrag. Insofern unterscheidet es sich vom uectigal, mit dem die Bestimmtheit an sich nicht gegeben. Andererseits steht die Bestimmtheit der Verpachtung nicht im Wege, insofern unterscheidet es sich wieder vom tributum.

Außer Sizilien und Asien zahlten die übrigen Provinzen ein stipendium. Sizilien und Asien entrichteten den Zehnten,

welcher verpachtet wurde Diese Ausnahmestellung von Sizilien und Asien hörte später auf: durch Cäsar 706/48 in Asien und etwa seit Cäsar in Sizilien.

Doch bildete sich für die Grundstücke in den Provinzen ein neuer Gegensatz heraus: man unterscheidet praedia stipendiaria und tributaria, vgl. Gai. II, 21. Augustus legte den einzelnen Grundstücken je nach ihrem Werte eine Grundsteuer auf. In den Senatsprovinzen blieb man zunächst dem alten Stipendium getreu, das auf den Provinzen und Gemeinden lastete. Allmählich geht man aber auch hier zum tributum über.

Die Belegstellen für dies alles siehe Societas publ. S. 1 flg.

2. Auf dem Provinzialboden ruhte demnach zu Anfang der Kaiserzeit teils ein tributum, teils ein stipendium, während der italische Boden von Grundsteuer frei war. Diese Verschiedenheit berechtigt aber in keiner Weise dazu, ein Eigentum des römischen Volkes bezw. des römischen Kaisers am gesamten Provinzialboden anzunehmen.

Andererseits ist die Möglichkeit und das Vorhandensein von Staatseigentum am Provinzialboden gar nicht zu bezweifeln. Privateigentum und Staatseigentum bestehen nebeneinander.

In der Person des Kaisers trifft beides zusammen. Der Kaiser verfügt über Staatsvermögen und hat auch Privatvermögen. Hier entstehen viele schwierige Fragen. Vgl. Soc. publ. S. 159 flg.

Ueber kaiserliche Güter in Afrika haben uns neue Aufschlüsse gebracht die lex Manciana und lex Hadriana de rudibus agris: Bruns[7] n. 114. 115. 116. Vgl. dazu Rostowzew, Beiheft 1 S. 321 flg.

Zu Anfang der Kaiserzeit hatte das Privateigentum an Grund und Boden in Afrika einen weiten Umfang. Hierauf weist uns hin Plin. n. h. 18, 6 § 35: sex domini semissem Africae possidebant, cum interfecit eos Nero princeps.

Und dieses Privateigentum hat sich neben dem kaiserlichen erhalten. Dafür scheinen mir zu sprechen die domini in der lex Manciana. Bruns[7] n. 114 S. I Zle. 10. 22; S. II Zle. 4. 9; S. III Zle. 19. 20; S. IV Zle. 24.

Rostowzew S. 320. 324 erblickt in diesen domini freilich nur Privatbesitzer.

3. Zur Bekräftigung dieses Privateigentums führe ich an, daß an Provinzialgrundstücken rechtlich geschützte Dienstbarkeiten möglich waren: II, 31; insonderheit ein Nießbrauch: Ulp. uat. fr. 61 = fr. 1 pr. quib. mod. us. fr. 7, 4.

Für die spätere Zeit mag verwiesen sein auf c. 9 de pign. 8, 13 vom Jahre 239, wo uns ein dominium possessionis entgegentritt. Ferner sprechen die Kaiser Diocletian und Maximinian uat. fr. 283 von einer proprietas an praedia stipendiaria; uat. fr. 315 von einem dominium rei tributariae; den letzteren Ausdruck wiederholt das Scholion zu fr. 315; in uat. fr. 316 begegnen wir einem dominus und uindicationem habere.

Daß dem Justinianschen Rechte das Privateigentum am Provinzialboden nicht vorenthalten werden kann, steht ja fest. Vgl. I. I. II. 1 § 40: itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur; und dazu Theoph.

4. Ich reihe an die Aeußerungen zweier Schriftsteller, von denen niemand wird behaupten wollen, daß ihnen Verständnis für römisches Recht gefehlt habe.

Niebuhr, R. G. Bd. 2[2] S. 175 bemerkt zu Gajus II, 7: die römische Jurisprudenz habe an den Provinzialgrundstücken gesündigt.

Dies Sündigen beschränkt sich freilich auf Gajus wie seine plerique und ist rein theoretischer Art; in Wirklichkeit hat ein Privateigentum an Provinzialgrundstücken bestanden.

Nach Savigny, Verm. Schr., Bd. 2 S. 104 Anm. 2 muß die Ansicht, die er ehemals selber verteidigte, daß die Grundabgaben in den Provinzen als ein an den Obereigentümer zu leistender Grundzins angesehen werden sollten, gänz-

lich verworfen werden. 'Dieses Obereigentum war nichts Wirkliches, sondern eine publizistische Hypothese zur Erklärung der Grundsteuer.'

7. Fortsetzung. Der rechtliche Schutz des nichtquiritischen Privateigentums am Provinzialboden.

Ich lege zugrunde die Stelle bei Frontinus de controuersiis agrorum lib. II S. 36 Zle. 3 flg.

1. Lachmann läßt diese Stelle beginnen mit Et stipendiarios und nimmt dahinter eine Lücke an.

Meines Erachtens gehört dies et stipendiarios noch zum Voraufgehenden. Es ist zu verbinden: habent autem prouinciae et municipales agros aut ciuitatium peregrinarum et stipendiarios.

In den Provinzen haben wir einmal agri colonici in dreifacher Gestalt: abgesehen vom ius Italicum gibt es agri colonici qui sunt inmunes und agri colonici stipendiarii. Vgl. II S. 35 Zle. 17. 18; S. 36 Zle. 1 und Marquardt Bd. 1[2] S. 90.

Daneben kommt für die Provinzen eine andere Dreigliederung in Betracht: II S. 36 Zle. 1—3. Dieselbe umfaßt einmal die municipales agri. Damit wird hingewiesen sowohl auf die Bürger= wie die latinischen Munizipien. Vgl. Mommsen, Ges. Schr. Bd. 1 S. 294 Anm. 23. Angereiht werden die agri ciuitatium peregrinarum. Darunter haben wir vielleicht das Gemeindeland der Peregrinenstädte zu verstehen. Es folgen die agri stipendiarii. Das sind die Aecker der Privateigentümer, welche zum stipendium herangezogen wurden. Vielleicht hatte das Gemeindeland in den Provinzen überhaupt nicht zum stipendium beizutragen. Die Haupteinnahme der Gemeinde waren freilich die Pachtgelder aus ihren Grundstücken: Soc. publ. S. 321. Aber diese Einnahmen dienten Gemeindezwecken.

2. Nach Ausscheidung des Et stipendiarios lautet die hier zu betrachtende Stelle Zle. 3—5: qui nexum non habent neque possidendo ab alio quaeri possunt; possidentur tamen a priuatis, sed alia condicione.

Zu qui ist agri zu ergänzen. Unter den agri qui nexum non habent sind Aecker zu verstehen, die keinen Teil haben an der Manzipation. An diesen Aeckern kann das quiritische Eigentum auch nicht durch Besitzen erworben werden. Dennoch werden sie von Privatpersonen besessen, aber in anderer Weise.

In dieser Nachricht Frontins erblickt Partsch, Die longi temporis praescriptio, S. 111 vielleicht einen Beleg für einen Rechtszustand des Reichsrechtes, der überhaupt keinen Erwerb durch langen Besitz am Provinzialland kannte.

Indessen auf diese Weise werden wir der Stelle kaum gerecht.

Mit dem neque possidendo . . quaeri possunt wird nur ausgeschlossen der Erwerb durch usucapio. Dieses nicht-quiritische Eigentum ist demnach auseinanderzuhalten vom bonitarischen Eigentum: vgl. Gai. II, 41.

Andererseits bildet das possidentur alia condicione einen Gegensatz zum Erwerb des quiritischen Eigentums durch Ersitzung. Wir werden damit hingewiesen auf eine Rechtsbildung, die für die römischrechtliche Ersitzung beim Provinzialboden einen Ersatz darbot.

Nach Partsch S. 112 soll die longi temporis praescriptio, wie wir sie kennen, als Institut des Reichsrechtes, auf Kaiserkonstitutionen fußen aus den 90er Jahren des zweiten Jahrhunderts. Ihren Ausgang nimmt die Untersuchung S. 1 von BGU. I n. 267. An solches Reichsrecht brauchen wir nicht gleich zu denken.

Partsch S. 139 und sonst führt ja selber aus, daß das Reichsrecht der longi temporis praescriptio sich entwickelte in Anlehnung an provinzialrechtliche Bildungen. Aehnlich Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1276, der den Ursprung der

longae possessionis praescriptio in älteren Provinzialedikten suchen möchte. Und ein derartiges Provinzialrecht wird dem Frontin vorgeschwebt haben.

Frontin verfaßte seine gromatische Schrift unter Diokletian, 81—96; bewegt sich aber häufig in älteren Rechtsanschauungen: siehe Partsch, Schriftformel, S. 60 Anm. 1. So könnte denn auch dieser provinzialrechtliche Ersatz für die römischrechtliche Ersitzung schon den Zeiten der Republik angehören.

Justinian hat dem langjährigen Besitzer in c. 8 pr. de praescr. XXX uel XXXX ann. 7, 39 neben der Einrede eine Klage ad uindicandam rem gewährt. Dabei bemerkt er: hoc enim et ueteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.

Ob wir demnach schon für die klassische Zeit ein derartiges Klagerecht anzunehmen haben, und wie es beschaffen gewesen sein mag: ist sehr bestritten.

Partsch S. 87 glaubt dasselbe stützen zu können auf einen von Lenel entdeckten Straßburger Papyrus, der Bruchstücke enthält aus Ulpians libri disputationum, B II b. Allein der Text, wie Lenel ihn zunächst gab, hat Z. R.G. Bd. 40 S. 78 eine Umgestaltung erfahren, infolge welcher er für unsere Frage nicht mehr in Betracht kommt.

Ich greife zurück auf eine Stelle, welche bereits Reinhardt, Usucapio, S. 206, und Brinz, Pand., Bd. 1[2] S. 599 Anm. 13a an die Spitze stellen, Paul. fr. 12 § 2 de Publ. 6, 2: In uectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit.

Was könnte unter den aliis praediis wohl anders zu verstehen sein, als Provinzialgrundstücke? Ich halte es sogar mit Eisele, Z. R.G. Bd. 26 S. 135 für möglich — auch Vangerow, Pand., Bd. 1[6] § 335 S. 756 hat sich schon dahin ausgesprochen — daß Paulus prouincialibus statt aliis geschrieben hat.

Statt competit vermutet Lenel n. 295 non competit.

Dagegen hat sich mit Recht erklärt Erman, Z. R.G. Bd. 24 S. 274 flg.

Mehr hat für sich, wenn Paul Krüger dieses competit ersetzen will durch utilis danda est.

Diese Publiciana denkt sich M. Voigt, R. R.G. Bd. 1 S. 458 ausgestattet mit einer Fiktion: si . . biennio possedisset. Ob das gereicht hätte? Lenel, Ed.[2] S. 167 Anm. 4 verlangt außerdem, daß die Provinzialgrundstücke als Italica fingiert seien.

Vom rein römischrechtlichen Standpunkte aus betrachtet, hat Lenel gewiß recht. Aber mir kommt die Gedankenverbindung, zu der diese Doppeltfiktion führt, doch etwas gar zu verwickelt vor. Die Provinzialgrundstücke werden zum Usukapionsbesitz in Beziehung gesetzt, und zwar wird die Usukapion als vollendet fingiert, obgleich hier gar keine Usukapion möglich ist.

Einfacher wäre es jedenfalls gewesen, das possidere der Provinzialgrundstücke als solches ins Auge zu fassen und die Bedingungen für das Klagerecht näher anzugeben. Diese Vorstellung scheint uns sogar Frontin entgegenzubringen, wenn es bei ihm heißt: possidentur tamen a priuatis sed alia condicione.

Und diese Bedingungen waren vielleicht in der Paulusstelle angegeben, die etwa so gelautet haben mag: In uectigalibus et in prouincialibus praediis Publiciana utilis danda est, si forte res stipendiaria bona fide mihi tradita est.

Damit erhielten wir für die Provinzialgrundstücke eine ähnliche Klage zum Schutze des früheren gutgläubigen Besitzes, wie sie das BGB. § 1007 für bewegliche Sachen aufstellt.

Ich habe bereits bei Erörterung von fr. 8 de Publ. 6, 2 auf die Möglichkeit hingewiesen, daß auf Gajus die Vorstellungen seiner Provinz eingewirkt hätten: Rtsgel. Gaj. S. 261. Ebenfalls unter Bezugnahme auf BGB. § 1007. Demselben Vorstellungskreise könnte angehören Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2, die mich später noch näher beschäftigen soll.

3. Zle. 5. 6: et ueneunt, sed nec mancipatio eorum legitima potest esse.

Provinzialgrundstücke können auch verkauft werden, aber eine mancipatio legitima ist nicht möglich. Es mag vorgekommen sein, daß solche Grundstücke manzipiert wurden, diese Handlung war aber rechtlich ohne Bedeutung. Das Eigentum wird vielmehr erworben durch Uebergabe und Besitzergreifung.

In dieser Beziehung ist hervorzuheben, daß Grundstücke auch von Abwesenden manzipiert werden konnten: Gai. I, 121. Dagegen die Manzipation einer beweglichen Sache, die zur Stelle war, ließ sich zugleich als Tradition auffassen.

Insofern die Provinzialgrundstücke nicht der Manzipation teilhaftig sind, lassen sie sich den res nec mancipi unterordnen. Vgl. Gai. II, 15; Pap. uat. fr. 259: in praedio ceterisque rebus nec mancipii. Sie unterscheiden sich aber von den beweglichen res nec mancipi wesentlich dadurch, daß bei diesen die Tradition quiritisches Eigentum entstehen läßt, das bei den Provinzialgrundstücken überhaupt ausgeschlossen ist. Vgl. Schilling, Inst., Bd. 2 § 60 Anm. k.

4. Zle. 6—8: possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et prestandi tributi condicione concessum est.

Hier wird uns der Inhalt des Eigentums angegeben. Und da es Gai. IV, 41 von der Intentio heißt: est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, so wird dabei wohl die Intentio zugrunde gelegen haben. Dann wäre die Intentio, wie sie von Lenel, Ed.[2] S. 185 gebildet worden, nicht ausreichend. Ich werde hierauf Erkl. 8 zurückkommen.

5. Zle. 8—12: uindicant tamen inter se non minus fines ex aequo ac si priuatorum agrorum; etenim ciuile est debere eos discretum finem habere, quatenus quisque aut colere se sciat oportere aut ille qui possidet possidere.

Mit Recht bezieht Lenel, Ed.[2] S. 184 Anm. 5 das uindicare fines ex aequo auf einen Grenzstreit.

Die priuati agri sind im Sinne Frontins von quiritischem Eigentum zu verstehen.

Mit ciuile est soll wohl hingewiesen werden auf das zivilprozessualische Verfahren, das auch den Umfang des nichtquiritischen Eigentums feststellt.

Bei solchen Grenzfeststellungen war Rücksicht zu nehmen auf das jeweilige Nachbarrecht, das schwerlich in den verschiedenen Provinzen überall sich gleich geblieben sein wird. So erklärt sich, wie Gajus in seinem Kommentare zum Zwölftafelrecht, fr. 13 fin. reg. 10, 1, dazu kam: bei der actio finium regundorum Solonisches Nachbarrecht vorzutragen. Vgl. Rechtsgel. Gaj. S. 112 flg.

6. Zle. 12. 13: nam et controuersias inter se tales mouent, quales in agris inmunibus et priuatis solent euenire.

Bei diesen Streitigkeiten ist vorzugsweise an die Eigentumsklage zu denken. Dieser werde ich in der folgenden Erklärung eine besondere Betrachtung widmen.

7. Zle. 13—15: uidebimus tamen an interdicere quis possit de eius modi possessione.

Das interdicere soll wohl hinweisen auf die interdicta retinendae possessionis. Die Untersuchung Frontins über deren Zulässigkeit beim nichtquiritischen Eigentum am Provinzialboden ist weggelassen. Diese Behandlung gestattet vielleicht den Schluß: daß diese Interdikte beim nichtquiritischen Eigentum am Provinzialboden keine Anwendung fanden.

Ich hebe hervor, daß die römischen Feldmesser unter griechischem Einflusse standen: C a n t o r , Die römischen Agrimensoren, S. 96 u. sonst.

Von den Griechen wissen wir, daß sie ein absolutes Eigentum im römischen Sinne gar nicht kannten. Sie hatten nur ein relativ besseres Recht, das in Form der διαδικασία geltend gemacht wurde. Siehe darüber M e i e r - S c h ö m a n n - L i p s i u s , Der attische Prozeß, Bd. 2 S. 471 flg.; G. A. L e i s t , Der

attische Eigentumsstreit, S. 31 flg.; Mitteis, Reichsrt., S. 69 flg. 499 flg.

Andererseits ist bezweifelt: 'ob das griechische Recht den Unterschied zwischen Besitz und Eigentum überhaupt kannte'. Vgl. Lipsius, Von der Bedeutung des griech. Rts., S. 30; Hermann-Thalheim, Griech. Rtsaltert., Bd. 2⁴ S. 103 Anm. 3. Dieser Zweifel kann sich aber doch wohl nur auf die Besitzesinterdikte beziehen.

Die Besitzesinterdikte des römischen Rechtes schützten neben einem absoluten Eigentum das relativ bessere Besitzesrecht. Wenn nun Frontin ein relatives Eigentum vor Augen hatte, so mochte fraglich erscheinen: ob neben einem solchen Eigentum diese Interdikte nötig und zulässig seien.

Auf alle Fälle kam beim Provinzialboden das griechische Recht in weitem Umfange in Betracht. Es mußte mithin eine Formel gefunden werden, die dieses Eigentum jedenfalls mitumfassen konnte. In dieser Beziehung scheint nun eine habere possidere frui sehr gut zu passen.

Und mit einem relativen Eigentum würde mindestens nicht in Widerspruch stehen das potiorem bei Diocl. et Max. uat. fr. 315 wie c. 15 pr. de rei uind. 3, 32.

Diese Betrachtungen stehen nun allerdings in Widerspruch mit den Erörterungen, die Partsch, Die Schriftformel, S. 5 flg. vorzugsweise auf drei Urkunden glaubt stützen zu können. Es sei mir gestattet, hierauf in aller Kürze einzugehen.

Am besten erhalten ist der Schiedsspruch aus dem Jahre 621/133, den die Magneten in einem Streite zwischen den beiden kretischen Gemeinden Itanos und Hierapytna nach Anweisung des römischen Senates fällten. Siehe denselben bei Dittenberger, Sylloge, Bd. 2² n. 929.

Nach Partsch soll es sich hier handeln um ein Uti possidetis.

Die Anweisung lautet nach Zle. 51 flg.: ὃν τρόπον ἑκάτεροι . . κατεσχηκότες εἴησαν . . ὅπως οὕτως κρίνωσιν αὐτοὺς ἔχειν κ(α)τέχειν τε καρπίζεσθαί τε ἐξεῖναι = quem-

admodum utrique . . possedissent . . ut ita iudicent concessum esse eos habere possidere frui. Statt des Schlusses heißt es Zle. 80: ἵνα ἔχωσιν κατέχωσίν τε καρπίζωνταί τε = ut ita habeant possideant fruantur.

Partsch stützt sich vor allen Dingen auf das κατέχειν. Wir haben es aber nicht bloß mit einem einfachen κατέχειν zu tun, sondern der Verbindung ἔχειν κατέχειν καρπίζεσθαι. Und diese scheint mir deutlich genug auf das Eigentum am Provinzialboden hinzuweisen. In dem S.C. de Asclepiade Zle. 17 begegnen wir in einer ähnlichen Verbindung sogar dem διακατέχειν: ὅπως ταύτας (κληρονομίας) ἔχωσιν διακατέχωσιν καρπεύωνται.

Sodann steht nicht in Frage ein possidetis, sondern ein possedissent.

Es fehlt auch das nec ui nec clam nec precario. Man vermißt ferner die uis ex conuentu, die sponsio und restipulatio, das Gewaltverbot. Wir haben überhaupt gar kein Interdikt, sondern eine Formel vor uns.

Die ἑκάτεροι verraten zwar eine gewisse Verwandtschaft mit dem Uti possidetis; sie erklären sich aber einfach daraus, daß den Gegenstand des Streites ein relatives Recht bildet, wo beide Teile das Recht in Anspruch zu nehmen hatten.

Demgemäß ergeht denn auch das Urteil Zle. 54 flg. nicht über den Besitz, sondern über das Recht, und zwar wird zugunsten der Itanier entschieden.

Ich kann mich hierfür auf die eigenen Ausführungen von Partsch berufen.

Das streitige Festland, τὴν χώραν, führt uns das Urteil gleich zu Anfang vor als διακατεσχημένην ὑπὸ Ἰτανίων. Das Wort διακατέχειν bezeichnet aber gerade im griechischen Eigentumsprozesse rechtmäßig begründeten Eigenbesitz. Es handelt sich sogar um uraltes Eigentum: οὖσαν δὲ καὶ ἀπὸ τῆς ἀρχῆς Ἰτανίων. Dafür sprechen alte Grenzverträge: Zle. 57—68. Die Rechtsbehauptung der Hierapytnier, das streitige Gebiet sei dem Zeus geweiht gewesen, wird zurückgewiesen: Zle. 68

bis 84. Der Senat erläßt eine einstweilige Verfügung, wie es mit dem Streitgegenstande während des Prozesses gehalten werden soll: Zle. 84. 85.

Bei der streitigen Insel Leuke handelt es sich ebenfalls um Eigentum: Zle. 132—136.

Die zweite Urkunde betrifft den Streit über den Tempel der dentheliatischen Artemis zwischen Sparta und Messene aus den Jahren 608/146 bis 618/136: Dittenberger, Syll., Bd. 1 ^{2} n. 314. Hier haben die griechischen Richter ebenfalls über das dingliche Gebietsrecht erkannt.

In der dritten Urkunde handelt es sich um einen Streit zwischen Magnesia und Priene: Dittenberger, Syll., Bd. 2 ^{2} n. 928. Der Senat verlangt, daß die Magneten das streitige Gebiet zunächst räumen. Die Entscheidung liegt ob der Gemeinde Mylasa. In der Entscheidung tritt uns wieder das διακατέχειν entgegen. Zle. 86: ὅτι Μάγνητες καὶ ταῦτα διακατείχοσάν τε καὶ ἐνέμοντο.

Das Verfahren ist am deutlichsten in der ersten Urkunde geschildert. Es hat meines Erachtens große Aehnlichkeit mit der alten legis actio in rem, nur daß wir vom Sakramente abzusehen haben. Beide Teile haben ihr Eigentum zu behaupten, bezw. zu beweisen. Ein Bestandteil des Verfahrens ist auch die Besitzesregulierung für die Dauer des Prozesses; sie entspricht dem uindicias dicere.

8. Zle. 16. 17: Multa enim et uaria incidunt, quae ad ius ordinarium pertinent, per prouinciarum diuersitatem.

Das Recht in den einzelnen Provinzen kann recht verschiedenartig sein.

Mit dem ius ordinarium wird wohl auf einen ähnlichen Gegensatz hingedeutet, wie Zle. 9 mit dem ciuile. Neben der Tätigkeit der Feldmesser macht sich geltend das ordentliche zivilprozessualische Verfahren.

9. Zle. 17—23. Nam cum in Italia ad aquam pluuiam arcendam controuersia non minima concitetur, diuerse in Africa ex eadem re tractatur; quom sit enim

regio aridissima, nihil magis in quaerella habent quam si quis inibuerit aquam pluuiam in suum influere: nam et aggeres faciunt, et excipiunt et continent eam, ut ibi potius consumatur quam effluat.

Als Beispiel für die Verschiedenartigkeit des Rechtes wird Bezug genommen auf die aqua pluuia arcenda.

Italien war ein wasserreiches Land. Hier wurde nicht geklagt, wenn das Wasser zurückgehalten wurde: ad aquam pluuiuam arcendam controuersia non minima concitetur. Die actio aquae pluuiae arcendae der Pandekten bezweckt von Haus aus Abwendung des Nachteiles, welcher dem Feldgrundstück des Nachbarn dadurch zugefügt wird, daß der Lauf des Regenwassers durch Menschenhand eine Veränderung erfuhr: weder darf auf dem oberen Grundstück eine Vorrichtung gemacht werden, welche dem unteren das Wasser in schadenbringender Weise zuführt; noch auf dem unteren eine Anlage, die das fernere Zufließen von dem oberen herab hindert. Vgl. Burckhard bei Glück, Forts. Bd. 3 S. 46 flg.

Dagegen in Afrika darf umgekehrt das Wasser nicht zurückgehalten werden. Der untere Nachbar hat ein Recht darauf, daß ihm das Wasser zufließt. Vgl. Frontin. S. 57 Zle. 23—26: in Italia non exigua est iniuria, si in alienum agrum aquam immittas; in prouincia autem Africa, si transire non patiaris.

8. Fortsetzung. Die Eigentumsklage betreffend das nichtquiritische Privateigentum am Provinzialboden.

Streifen wir vom Provinzialboden das staatliche Obereigentum ab, so haben wir nicht bloß ein Quasieigentum, sondern ein volles Privateigentum, ein plenum ius. Damit ist zugleich gegeben die Eigentumsklage.

1. Die Intentio soll nach Lenel, Ed.² S. 185 etwa gelautet haben: S. p. A° A° fundum q. d. a. habere possidere frui licere neque ea res et rel.

Diese Fassung reicht nicht aus. Es ist meines Erachtens mitzuberücksichtigen die bei Frontin S. 36 Zle. 7 erwähnte prestandi tributi condicio. Ferner verdient das concessum bei Frontin Zle. 8 den Vorzug vor dem licere. Und dieses concessum ließe sich auf Grund der beiden von Partsch, Z. R.G. Bd. 44 S. 414 angeführten Stellen, nämlich Ulp. fr. 2 pr. ne quid in loco publ. 43, 8 und Cic. de lege agr. 3, 2 § 7; 3 § 11, noch weiter ausgestalten. Endlich wäre zu beachten das defendere, dem wir in der lex agr. Zle. 32 bei den trientabula begegnet sind.

Demnach erhielten wir für die Zeit der Republik eine Intentio von dieser Fassung: S. p. A° A° fundum (praedium tributarium) q. d. a. publice habere possidere frui defendere lege senatusconsulto edicto concessum esse, quamdiu id tributum praestetur idque tributum praestitum esse.

Bei relativem Eigentum, das hier auch zu berücksichtigen, könnte man sich die Formel etwa in dieser Weise vorstellen: Quemadmodum utrisque . . concessum esset . . ut ita habeant possideant fruantur, iudicato.

2. Lenel, Ed.[2] S. 184 erklärt es für natürlich: daß 'im städtischen Edikt . . von der uindicatio der praedia stipendiaria und tributaria keine Rede' war.

Das wird richtig sein für das Juliansche Edikt; und da Lenel sich auf das Juliansche Edikt beschränken wollte, hätte er diese uindicatio genau genommen fortlassen müssen.

Nun gab es aber zu Zeiten der Republik auch in Italien Grundstücke, an denen römische Bürger nur ein nichtquiritisches Eigentum hatten. Und bei den trientabula sind wir schon einem habere possidere frui begegnet. Also wäre sehr wohl denkbar, daß in republikanischer Zeit unserer uindicatio ein Platz im städtischen Edikt eingeräumt wäre.

In anderer Weise hat schon Erman, Z. R.G. Bd. 24 S. 277 das habere possidere frui der lex agraria mit einer uns unbekannten Klage in Verbindung gebracht, von der er

vermutet, daß sie auch für den Provinzialgrundbesitz verwendet wurde.

Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 1275 läßt es dahingestellt sein: 'wie der Schutz dieses Untereigentums bewirkt wurde, ob durch eine Art Vindikation . . . oder im Wege der Administrativjudikation'.

3. Für die spätere Zeit sind wir allerdings angewiesen auf die Edikte der Provinzialstatthalter.

In dieser Beziehung bemerkt Weber, Agrargesch., S. 216: daß 'diese Edikte nicht wohl, wie Lenel will, unter Hadrian eine einheitliche Formel für alle praedia stipendiaria und tributaria enthalten haben'. Begründung: 'dazu ist deren rechtlicher Charakter zu different'.

Das ist nur eine Bestätigung der von mir vertretenen Ansicht, Rtsgel. Gaj. S. 126: 'Das Juliansche Edikt hat sich beschränkt auf die beiden Edikte der Prätoren und der curulischen Aedilen, von den Provinzialedikten als solchen ist gänzlich abgesehen worden.'

Lenel, Ed.[2] S. 185 Anm. 1 glaubt den Einwand Webers in folgender Weise entkräften zu können: 'Die obige Formel ist selbstverständlich nur auf die Normalgestaltung dieses Besitzrechts berechnet.'

Wenn es aber ein Julianisches Provinzialedikt gar nicht gegeben hat, wie gelangen wir dann zu solcher Normalgestaltung?

4. Ich nehme folgende Entwicklung an.

Das habere possidere frui, dem wir schon bei den trientabula begegnen, wird bereits zu Zeiten der Republik im städtischen Edikt Berücksichtigung gefunden haben. Von hier könnte es dann verpflanzt sein in die Provinzen und hat hier ebenfalls dazu gedient, den Inhalt des nichtquiritischen Bodeneigentums zum Ausdruck zu bringen. So erhielt im römischen Reich dieses nichtquiritische Eigentum einen Schutz auf einheitlicher Grundlage. In Italien sind Anwendungsfälle hierfür später fortgefallen, so daß nur noch die Provinzen übrigblieben.

Wir hätten demnach ein großartiges Beispiel vor uns, wie von Rom aus den Provinzen ein einheitliches ius gentium am Bodeneigentum aufgenötigt wurde. Vgl. Bd. 1 S. 92 flg.

5. Diese einheitliche Grundlage wird kein Hindernis gewesen sein für Beibehaltung provinzieller Besonderheiten. So taucht denn die weitere Frage auf: welchem Provinzialrecht die Kompilatoren gefolgt sein mögen.

In dieser Beziehung ließ Lenel, Ed.[1] § 71 den näheren Nachweis vermissen. In seiner Palingenesie beruft sich Lenel aber auf fünf Stellen aus dem 17. Buche des Ulpianschen Ediktskommentares: n. 585 = fr. 39 § 1 D. 6, 1; n. 586 = fr. 41 pr. D. 6, 1; n. 587 = fr. 29 D. 39, 6; n. 588 = fr. 41 § 1 D. 6, 1; n. 589 = fr. 77 D. 6, 1. Sämtliche Stellen füllen hier neben fr. 27 § 1 D. 50, 16 die Rubrik aus Si praedium stipendiarium uel tributarium petatur.

Die Beweiskraft dieser Stellen hat Erman, Z. R.G. Bd. 24 S. 273 flg. in Abrede genommen. Demgegenüber hat indes Lenel, Ed.[2] S. 184 seinen Standpunkt behauptet. Wogegen freilich wieder von Mitteis, R. Pr.rt., Bd. 1 S. 208 Anm. 13, S. 209 Anm. 16 Einwendungen erhoben sind.

Ferner ist Hugo Krüger, Die prätorische Servitut, S. 82 Anm. 93 zu der Ueberzeugung gelangt, daß die in rem actio des Eigentümers am Provinzialboden nichts weiter sei als Justiniansche Umbildung eines klassischen Interdikts.

Nach Lenel wäre anzunehmen, daß die Kompilatoren sich auf den Ediktskommentar des Ulpian gestützt hätten. Daß hier das Provinzialrecht mitberücksichtigt wurde, ist kaum zweifelhaft. Ich nehme sogar an, daß beim Julianschen Edikt von den Provinzialedikten als solchen gänzlich abgesehen wurde, und eine Verschmelzung dieses Edikts mit den Provinzialedikten sich auf wissenschaftlichem Wege vollzog, vor allem durch die Ediktskommentare von Ulpian und Paulus. Vgl. Rtsgel. Gaj. S. 126.

Ferner hat Ulpian bei dieser Gelegenheit den Kommentar des Gajus stark benutzt. Das beweist auch für die fünf von

Lenel angezogenen Stellen das zwischen fr. 39 und 41 D. 6, 1 eingeschobene fr. 40 aus Gaius libro septimo ad edictum prouinciale: Rtsgel. Gaj. S. 306. Ulp. fr. 39 § 1 D. 6, 1 ist demnach abgeschrieben aus Gajus. Das dürfte für provinzialrechtlichen Ursprung einigermaßen ins Gewicht fallen.

6. Im übrigen scheint es mir angebracht zu sein, auf alle fünf Stellen, einschließlich der Gajanischen, noch etwas genauer einzugehen. Außerdem stellt Lenel, Ed.[2] S. 180 Anm. 5 weiter hierher Ulp. fr. 73 pr. de rei uind. 6, 1.

a) Ulp. fr. 39 § 1 de rei uind. 6, 1. Iulianus recte scribit libro duodecimo digestorum mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit, quamuis a creditore distractum, posse in rem actione petere;

Gai. fr. 40 ebenda: quia nullum pignus creditor uendidisse videtur.

Man möchte geneigt sein, den fundus in fr. 39 § 1 von einem fundus Italicus zu verstehen. Davon geht denn auch aus Dernburg, Pfdrt., Bd. 2 S. 203, der sich die prozessualische Lage in folgender Weise vorstellt: Die Frau vindiziert ihr quiritisches Recht, ihr steht entgegen eine exceptio rei uenditae et traditae, die entkräftet wird durch die replicatio S.C. Vellaeani.

Das entspräche sicher der Art und Weise, wie die Römer im allgemeinen das S.C. Vellaeanum behandelt haben. Vgl. Pomp. fr. 32 § 1 ad S.C. Vell. 16, 1: uera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant. Es will aber nicht recht passen zu der Begründung von Gajus: quia nullum pignus usw. Danach wäre gar kein Pfandrecht entstanden Also läge es näher, an Provinzialgrundstücke zu denken; bei denen wird der Prokonsul wohl weniger Umstände gemacht und ohne Formelerteilung der Frau das Eigentum zugesprochen haben. Vgl. c. 7 ad S.C. Vell. 4, 29 vom Jahre 238: dominium mulieri auferre nequiuit. Das nequiuit könnte auf Modestin zurückgehen: vgl. Kalb, R. J. S. 142.

Ulpian mag dieses nullum pignus nicht recht gefallen

haben, deshalb hat er den betreffenden Satz fortgelassen. Die Kompilatoren haben ihn aber wieder angegliedert.

An solchen Erscheinungen fehlt es auch sonst nicht. Ein weiteres Beispiel liefert Gai. fr. 13 de rel. 11, 7: vgl. dazu Rtsgel. Gaj. S. 278.

b) Bringen wir das eben erörterte fr. 39 § 1 mit einem Provinzialgrundstück in Verbindung, so werden wir zu dem davon nur durch ein kleines Gajanisches Einschiebsel getrennten fr. 41 kaum eine andere Stellung einnehmen können.

Demnach enthielte fr. 41 pr. den Satz: daß durch Uebergabe eines unter auflösender Bedingung verkauften Provinzialgrundstückes dem Käufer die Eigentumsklage verschafft werde, die aber mit Eintritt der Bedingung wieder verloren gehe.

Das brächte uns dann in Widerspruch mit uat. fr. 283, wo noch die Kaiser Diocletian und Maximian im Jahre 286 verfügen: Si (praediorum) stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad te(mpus) proprietas transferri nequiuerit.

Was von der Uebertragung ad diem, muß ebenso gelten von einer Uebertragung bis zum Eintritt einer auflösenden Bedingung. Wir gelangen demnach für die Zeit der Kaiser Diocletian und Maximinian zu dem Satze: ein durch Zeit oder Bedingung befristetes Eigentum kann an Provinzialgrundstücken nicht übertragen werden. Es verhielt sich also mit einer solchen Uebertragung ebenso wie heutzutage mit einer Auflassung: BGB. § 925 Abs. 2.

Dieser Rechtssatz ist aber später aufgehoben und demgemäß der angeführten Stelle fr. 283 als c. 2 C. I. de don. quae sub modo 8, 54 eine wesentlich andere Gestalt gegeben.

So wird auch unser fr. 41 pr. interpoliert sein. Ulpian schrieb etwa: Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, non potest in rem actione uti; idem dicendum est, si cui in diem addictus sit fundus stipendiarius.

Nach Kohler, Arch. für bürgerl. Rt., Bd. 15 S. 17 wären die Kompilatoren etwas anders mit unserer Stelle umgegangen: vor emerit sei gestrichen rem nec marcipi; dagegen eingeschoben iam non vor potest und et hinter sed.

c) Aehnlich verhält es sich mit fr. 29 de don. m. c. 39, 6. Auch hier ist die dingliche ipso iure Wirkung der eingetretenen Resolutivbedingung interpoliert worden: vgl. R. von Mayr, Z. R.G. Bd. 39 S. 97 Anm.

Ulpian könnte etwa geschrieben haben: Si mortis causa res tributaria donata est et conualuit qui donauit, uidendum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donauit, ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem uindicare; si uero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si conualuisset uel de proelio uel peregre redisset, idem potest defendi, si quid horum contigisset.

d) Im fr. 41 § 1 de rei uind. 6, 1 handelt es sich um Veräußerung eines Grundstückes durch Vertreter. Es ist ausdrücklich die Rede von einem tradere und einer formlosen Ermächtigung: Si seruus mihi uel filiusfamilias fundum uendidit et tradidit habens liberam peculii administrationem . . si domini uoluntate domini rem tradat . . cum procurator uoluntate domini uendidit uel tradidit.

Nach Lenel soll das tradere darauf hinweisen, daß es sich hier um ein Provinzialgrundstück handle. Diesen Schluß hält Mitteis, R. Pr.rt., Bd. 1 S. 208 Anm. 13 für unrichtig, weil Manzipation auch bei einem italischen Grundstück durch den Tatbestand ausgeschlossen sei. Nach Mitteis wäre nämlich eine derartige Vertretung hier nicht möglich gewesen.

Lenel sagt: Tradition, Eigentum; also Provinzialgrundstück, kein italisches Grundstück.

Nach Mitteis ist Tatbestand: Tradition, Eigentum, Stellvertretung; also Provinzialgrundstück, kein italisches Grundstück.

Demnach bleibt möglich: Manzipation, italisches Grundstück, Stellvertretung; also kein Eigentum.

Nun ist aber fraglich, ob sich die von Mitteis entwickelte Grundanschauung in dem von ihm angenommenen Umfange halten läßt: siehe darüber Erkl. 48 unter 1.

Ferner paßt die von Mitteis gesetzte Möglichkeit nicht zum Tatbestand der Stelle, welcher uns auf die Tradition hinweist.

Zudem hätte man, wenn Tradition eines italischen Grundstückes vorlag, statt in rem actio die Bezeichnung Publiciana erwarten können.

e) Einen recht fremdartigen Eindruck macht auf mich vom Standpunkte des klassischen Rechtes aus die letzte Stelle fr. 77 de rei uind. 6, 1. Es heißt hier: Quaedam mulier fundum non marito donauit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisìerit possessionem ueluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non interuenisset.

Es handelt sich hier wieder um Tradition, also wird vermutlich ein Provinzialgrundstück in Frage stehen.

Die Schenkung soll vollzogen sein mittels eines Briefes, und zwar haben wir uns die Beteiligten zunächst als voneinander abwesend vorzustellen.

Eine solche Schenkung war nach einem Ausspruche Papinians selbst unter bevorzugten Personen nichtig. Vat. fr. 263: Eam quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donauit, si neque possessionem rerum singularum tradidit . . nihil egisse placuit.

Unter Abwesenden konnte die Schenkung eines Grundstückes nur dadurch vollwirksam werden, daß derjenige, dem geschenkt werden sollte, mit Zustimmung des Schenkers Besitz ergriff. Die Kaiser Diocletian und Maximian äußern sich uat. fr. 282 dahin: Nec ambigi oportet donationes etiam

inter absentes, si ex uoluntate donantium possessionem ii, quibus donatum est, nanciscantur, ualidas esse. In der entsprechenden c. 6 de don. 8, 53 ist freilich vor si ein maxime eingeschoben, womit auf eine inzwischen eingetretene Rechtsänderung hingewiesen wird.

Diese Besitzergreifung brauchte vom Beschenkten nicht gerade persönlich vorgenommen zu werden, er konnte dazu auch seine Sklaven verwenden. Vgl. Pap. fr. 48 de adq. uel a. p. 41, 2 und dazu Vac. poss. S. 335 flg.

Aber nicht jede beliebige freie Person war zu Ulpians Zeiten hierzu fähig. Paul. sent. 5, 2 § 2 nennt in dieser Beziehung nur den procurator: vgl. Vac. poss. S. 212. Und darüber war man noch im Jahre 294 nicht hinausgekommen. Vgl. c. 8 de adq. et ret. poss. 7, 32 und dazu Vac. poss. S. 220.

Wenn aber zu Ulpians Zeiten jede beliebige freie Person gar nicht für einen anderen Besitz erwerben konnte, dies vielmehr, abgesehen von Gewaltsverhältnissen, nur einem Prokurator möglich war: so konnte auch eine Eigentümerin dadurch, daß sie jemand schrieb, sie wolle ihm ein Grundstück schenken und gleich wieder pachten, auf diesen weder Besitz noch Eigentum übertragen.

In Fällen dieser Art ging zwar zu Ulpians Zeit der Besitz verloren, es wurde aber für den andern weder Besitz noch Eigentum erworben. Vgl. Marcellus fr. 19 pr. Tert. fr. 28 de adq. uel a. p. 41, 2 und dazu Vac. poss. S. 209. 233 flg.

Wollte der andere Besitzer und Eigentümer werden, so mußte er das Grundstück betreten, es hätte denn ein benachbartes sein müssen: Vac. poss. S. 163 flg. Es war also eine Volltradition erforderlich. Solange diese nicht vollzogen, hatte nicht einmal das Pachtverhältnis rechtlichen Bestand wegen der Regel locatio rei suae consistere non potest: Iau. fr. 21 de usurp. 41, 3; Iul. fr. 15 dep. 16, 3; Ulp. fr. 45 de reg. iur. 50, 17.

Wenn demnach Ulpian in dem zur Frage stehenden fr. 77 so nicht geschrieben haben kann, wie ihn die Kompilatoren schreiben lassen, was mag er dann gesagt haben? Ich glaube das gerade Gegenteil. Statt posse defendi . . colonam hieß es etwa: non posse defendi in rem ei dandam esse.

Auf diese Weise würde auch die Stelle einen besseren Halt bekommen und ein besserer Gegensatz zum Schlusse gegeben sein. Hier wird vorausgesetzt, daß der Schenknehmer sich auf dem Grundstücke befand, als der Brief ausgehändigt wurde. Das ist ein ander Ding, sagt Ulpian: der Umstand genügt allein schon zum Besitzerwerbe. Vgl. in dieser Beziehung Brunner, Urkunde, S. 114; Partsch, Z. H.R. Bd. 70 S. 470.

Wenn aber interpoliert worden, so erhebt sich die Frage nach der näheren Veranlassung dieser Interpolation.

Im vierten Jahrhundert entsteht der Satz, daß bei Schenkungen durch Nießbrauchsvorbehalt Eigentum und Besitz übertragen werden kann. Vgl. c. 9 C. Th. de don. 8, 12 vom Jahre 417 und dazu Vac. poss. S. 333.

Noch Paulus uat. fr. 47[a] erklärt ein Zurückbehalten des Nießbrauches bei der Tradition für unmöglich.

Ich glaube nicht, daß sich die Beweiskraft dieser Stelle in der Weise abschwächen läßt, wie von Hugo Krüger, Die prät. Serv., S. 41 geschieht. Auch steht nicht im Wege Gai. fr. 3 comm. pr. 8, 4 = Lenel 147. Denn hier ist mit Lenel anzunehmen, daß mancipio vor dederit gestrichen wurde.

Später wird allerdings das Zurückbehalten des Nießbrauches der Tradition gleichgestellt.

Dieselbe Entwicklung haben wir bei der Miete anzunehmen. Ebensowenig wie der Nießbrauchsvorbehalt vertragen sich Pacht und Miete mit dem Eigentumsbegriffe. Wie einmal ein Zurückbehalten des Nießbrauches bei der Tradition unmöglich war, galt auch der Satz locatio rei suae consistere non potest.

Später bewirkt umgekehrt, wie auch der Nießbrauchsvorbehalt, das Mieten einer eigenen Sache den Eigentumsübergang.

f) Schließlich wäre noch zu berücksichtigen Ulp. fr. 73 pr. de rei uind. 6, 1. In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit: hoc enim petitoris munus est, non possessoris: quod et in Publiciana obseruatur.

Die specialis in rem actio bildet sonst wohl den Gegensatz zur hereditatis petitio: vgl. z. B. Paul. fr. 27 § 3 de rei uind. 6, 1. Hier dürfte das pro qua parte auf einen anderen Gegensatz hinweisen: auf die incertae partis uindicatio.

Wir treffen diese Klage an bei Gajus IV, 54 und in seinem Kommentare zum Provinzialedikt lib. sept. fr. 76 § 1 de rei uind. 6, 1; also ganz in der Nähe unserer Stelle. Vielleicht ist der Ursprung dieser Klage in der Provinz zu suchen.

Ein hohes Alter wird sie schwerlich haben. Ich vermag sie nicht über Pomponius hinaus zu verfolgen: Ulp. Pomp. fr. 3 § 2 fr. 5 pr. de rei uind. 6, 1. Und wenn Cassius bei Javolen fr. 78 de sol. 46, 3 die Vermischung von Geld anders behandelt als Pomponius fr. 5 pr. de rei uind. 6, 1 die Vermengung von Getreide, so wird das mit daher rühren: daß Cassius eine incertae partis uindicatio noch nicht kannte.

9. Schluß. Rückkehr zu Gajus II, 7.

Ich kehre zurück zu Gajus und möchte zum Schluß die Frage streifen: wie kamen Gajus und seine plerique zu dieser eigenartigen Eigentumsauffassung, die sich mit den tatsächlichen Verhältnissen überall in Widerspruch setzt.

Gajus spricht von einem dominium, das ist ein mehrdeutiger Ausdruck. Die Bedeutung 'Eigentum' ist noch jung, für die Zeit der Republik läßt sie sich nicht nachweisen. Aelter ist die Bedeutung 'Herrschaft'. Vielleicht ist beides miteinander verwechselt worden. Vgl. Rtsgel. Gaj. S. 64—67 und oben Erkl. 2.

Vielfach ist aus dem uectigal ein staatliches Obereigentum hergeleitet worden. Vectigal ist ebenfalls ein mehrdeutiger Ausdruck: siehe oben Erkl. 4 unter 4. Sofern man darunter die Pacht versteht, hat man allerdings eine Beziehung zum Eigentum, weil der Verpächter meistens der Eigentümer sein wird. Hingegen die Auflage von Steuern ist ein staatliches Hoheitsrecht, worauf schon Savigny aufmerksam gemacht hat: siehe Erkl. 6 a. E.

Zu den mehrdeutigen Ausdrücken dominium und uectigal kommt hinzu der Gegensatz zum ius Quiritium. Quiritisches Recht entstand allerdings an Provinzialgrundstücken nicht. Das ex iure Quiritium meum, eius esse mußte durch andere Worte ersetzt werden. Es stellte sich eine Wortverbindung ein, die das uti frui possidere mitumfaßte. Das uti frui treffen wir nun auch an bei der actio confessoria des Nießbrauchers: Lenel, Ed.[2] S. 185. So schien sich das Recht am Provinzialgrundstück als ein Besitz bezw. Nießbrauch darzustellen: nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemus.

Auf diese Weise gelangen wir zu einer praktisch völlig unbrauchbaren Auffassung. Denn Besitz und Nießbrauch sind verschiedene Dinge. Die possessio uel ususfructus ist nichts anderes als eine unfruchtbare theoretische Wortplänkelei.

Die Grundsteuer, welche auf dem Provinzialboden ruhte, stellt ihn in Gegensatz zum italischen Grund und Boden. Daraus folgt aber kein Ausschluß des Privateigentums. Die Erhebung der Steuer ist kein Ausfluß eines staatlichen Obereigentums, sondern eines staatlichen Hoheitsrechtes. Der Provinzialboden befand sich nicht im quiritischen Eigentum, aber immerhin in Privateigentum; vielleicht war es, zum Teil wenigstens, auch nur relatives, kein absolutes Eigentum.

Dabei will ich nicht verschweigen, daß sich die Begriffe Staatseigentum und staatliches Hoheitsrecht erst im Laufe der Zeit werden geschieden haben. Aber mit dieser Scheidung ist beim Besteuerungsrecht der privatrechtliche Standpunkt auf-

gegeben. Das plenum ius an Provinzialgrundstücken, welches mittels eigner actio in rem geltend gemacht wird und neben sich einen Nießbrauch duldet, ist nicht selber bloßer, auf die Person beschränkter Nießbrauch und noch viel weniger bloßer Besitz.

Man kann auch nicht zur Verteidigung des staatlichen Eigentums am Provinzialboden Rechtsverhältnisse wie die Emphyteusis und Superficies heranziehen. Denn hier haben wir in der Pacht eine privatrechtliche Grundlage, die sich erhalten hat.

Wollte man andererseits alle Beschränkungen und Lasten, welche der Staat den Grundstücken kraft seiner Hoheit auferlegt, als Ausfluß eines staatlichen Eigentums auffassen, so gäbe es bei entwickelten Rechtszuständen überhaupt kein Privateigentum an Grund und Boden.

10. Credere. II, 11.

Credere in der Bedeutung von existimare habe ich Rtsgel. Gaj. S. 58 für Gajanischen Sprachgebrauch erklärt und demgemäß in dem ersten Kommentare dem Gajus schon verschiedene Stellen zugewiesen. Es kommen, sei es ganz, sei es teilweise, in Betracht die §§ 55. 67. 71. 165. 188.

Dabei habe ich mich auf W. Kalb berufen. Bei ihm heißt es R. J. S. 79: 'Einiges . . hat Gajus mit griechischen Schriftstellern gemein. So teilt er eine besondere Vorliebe für credo = existimo (20 Stellen in Elvers' Promptuarium) mit Tryphoninus.' Und von Tryphoninus ist S. 123 gesagt: 'Mit Gajus hat er außerdem gemein die Vorliebe für credo = existimo.'

Hierzu schreibt mir W. Kalb unterm 1. August 1911: 'Nur die Bevorzugung durch Gajus (die übrigens Gajus mit Klassikern der besten Zeit teilen könnte) schien mir bemerkenswert.'

Mehr habe ich mit meiner Berufung auf W. Kalb kaum behaupten wollen. Zum Sprachgebrauche eines Schriftstellers

zähle ich auch die Worte und Ausdrucksweisen, deren sich ein Schriftsteller mit Vorliebe bedient, ohne daß er in dieser Beziehung allein dazustehen braucht. Ein voller Beweis wird freilich auf diese Weise nicht geführt, aber es ist doch schon ein Anhaltspunkt gegeben.

Ein Anhaltspunkt, zu dem vielleicht anderes hinzukommt. Und daran fehlt es keineswegs in den angeführten Paragraphen.

Vor allen Dingen fehlt nicht ein gemeinsames Merkmal, auf das ich überhaupt bei allen Ausscheidungen geachtet habe, die ich für Gajus oder sonstwie vornahm: es müssen sich die betreffenden Sätze leicht abheben lassen, ohne daß der Zusammenhang gestört wird.

Was unsern § 11 anbetrifft, so dürfte für die Ausscheidung noch ein besonderer sachlicher Grund vorliegen. Gajus ist hier Vertreter einer Mittelmeinung: siehe Erkl. 11.

Dabei wäre mit der Möglichkeit zu rechnen, daß Gajus seine Vorlage nur umarbeitete. Er fand vielleicht schon folgenden Satz vor: Quae publicae sunt, nullius in bonis sunt; priuatae sunt, quae singulorum hominum sunt.

Um auf den Sprachgebrauch zurückzukommen, so will ich freilich keineswegs behaupten, daß credere in dieser Beziehung nicht noch einer näheren Untersuchung bedürfte. Es ist also Vorsicht geboten.

Im V. I. R. sind, wie Kalb mir bemerkt, die Bedeutungen von 'glauben' = 'meinen' von 'glauben' = 'als Wahrheit hinnehmen' nicht getrennt. Ebenso hat Thes. linguae Lat. IV, 1134 nur die eine Rubrik Putare aliquid uerum esse.

11. Res publicae. II, 11.

Als res publicae treten uns seit alter Zeit entgegen die öffentlichen Wege und Plätze.

Man streitet darüber: ob der öffentliche Grund und Boden, welcher zu öffentlichen Wegen und Plätzen benutzt wurde, sich nach römischem Rechte im Privateigentum des Staates bezw. der Gemeinde befand; oder ob er niemand zugehörte.

Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 4 S. 28 flg. hat sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß sich weder die eine noch die andere Ansicht unmittelbar aus den Quellen erweisen lasse.

Pernice, Die sog. res communes omnium, S. 5. 6 läßt die res publicae im Staatseigentum stehen, glaubt aber, daß die Kompilatoren hier Verwirrung gestiftet hätten.

Meines Erachtens hat man allerdings einmal von öffentlichen Wegen und Plätzen das Eigentum ferngehalten, später aber diesen Grund und Boden als dem Staate, der Gemeinde gehörig betrachtet. Die ältere Auffassung vertritt z. B. Iauol. fr. 18 pr. de aqua et aquae pluviae 39, 3 und ebenso Ulp. fr. 3 § 3 daselbst. Dagegen läßt sich bei Ulp. fr. 1 pr. de interd. 43, 1 das quae sunt alicuius kaum anders als von einem Eigentum verstehen, das auch die öffentlichen Wege und Plätze ergreift. Das ist ein Widerspruch, wie man ihn öfter bei Ulpian antrifft. Auf dem Gebiete der aquae pluuiae arcendae actio hatte sich einmal die alte Ansicht eingebürgert, die noch Ulpian hier gelten ließ, obwohl er im allgemeinen anders dachte.

Eine Vermittlung versucht Gai. II, 11. Das nullius in bonis wird nur auf Privatpersonen bezogen und damit so beschränkt, daß noch Raum bleibt für ein Eigentum der Gemeinde. Vgl. Gai. fr. 1 § 1 quod cuiuscumque 3, 4 und dazu Soc. publ. S. 268.

12. Res corporales und incorporales. II, 12—14.

Hinter dem Gegensatze von körperlichen und unkörperlichen Sachen birgt sich der Gegensatz von Eigentum und sonstigen Rechten. Dabei sind die Begriffe Eigentum und Sache miteinander verwechselt, denn das Eigentum ist ebensogut wie andere Rechte etwas Unkörperliches.

Die Einteilung in res corporales und incorporales wird bereits dem Grundstocke angehören. Denn wenn die

Dreigliederung personae res actiones das gesamte Recht umfassen sollte, so mußte bei den res sehr vieles untergebracht werden, insonderheit die Obligationen.

Es ist die Rede von obligationes quoquo modo contractae. Vgl. auch II, 38. Darunter sollen wohl mitbegriffen sein die Deliktsobligationen. Vgl. III, 182. Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur. Demnach wäre contrahere in einem weiteren Sinne zu verstehen, wie es auch sonst vorkommt: z. B. bei Tryph. fr. 52 de re iud. 42, 1 ex male contractu et delicto oritur; siehe ferner Vocabularium iurispr. Rom. unter Contraho II.

Bemerkenswert, daß III, 83 die Forderungen nicht zu den res incorporales gezählt werden. Es heißt hier: omnes eius res incorporales et corporales quaeque ei debitae sunt. Der Zusatz quaeque usw. wird nicht schon dem Grundstocke angehören.

Ein ähnlicher Gegensatz bei Cic. top. 5, 27. Esse ea dico, quae cerni tangiue possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus, cetera . . Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrariue non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias. Dazu bemerkt erläuternd Boethius (Baiter, S. 319): Omnia enim, quae definiuntur, aut corporalia sunt aut incorporalia.

Eingehend beschäftigt sich mit dem Gegensatz von res corporales und incorporales Affolter, Institutionen-System, S. 373 flg.

13. Grunddienstbarkeiten. II, 14.

Der § 14 dürfte wiederum eine allmähliche Erweiterung des Lehrbuches verraten, bei der aber Gajus kaum beteiligt war.

1. Als Beispiele für die unkörperlichen Sachen werden zunächst aufgeführt: hereditas, usus fructus, obligationes.

Auf diese Beispiele scheint sich der Grundstock beschränkt zu haben.

2. Es ist dann aber später der Begriff der unkörperlichen Sachen benutzt worden, um hier die Grunddienstbarkeiten unterzubringen. Diese Entwicklung hat eine Fortsetzung gefunden in Justinians Institutionen, indem hier dem Titel II, 2 de rebus incorporalibus ein eigener Titel de seruitutibus folgt, welcher sich mit den Grunddienstbarkeiten beschäftigt; und im Anschluß hieran sind die persönlichen Dienstbarkeiten erörtert: II, 4 handelt de usu fructu und II, 5 de usu et habitatione.

3. Schwierigkeiten haben bereitet die Grunddienstbarkeiten mit umgekehrtem Inhalt: ius altius tollendi bezw. non extollendi; ut bezw. ne luminibus uicini officiatur; ut flumen uel stillicidium quis in aream uel aedes suas recipiat bezw. non recipiat. Vgl. Vangerow, Pand., Bd. 1 [7] § 342 Anm. 3; Windscheid, Pand., Bd. 1 § 211[a] Anm. 11; Dernburg, Pand., Bd. 1 § 244 a. E.; Karlowa, Röm. Rtsgesch., Bd. 2 S. 529 flg.; Girard-v. Mayr, Gesch. u. Syst., Bd. 1 S. 390 Anm. 7.

Wir haben uns die Sache doch wohl so vorzustellen, daß im weiten römischen Reiche das Nachbarrecht nicht überall gleichmäßig geordnet war. Im allgemeinen galt der Satz: jeder kann die Fenstern des Nachbarn zubauen, es müßte denn der Nachbar ein ius altius non extollendi bezw. ne luminibus officiatur erworben haben. Umgekehrt wird an vielen Orten ein Fensterrecht bestanden haben, wo nur der die Fenster zubauen konnte, welcher ein ius altius tollendi bezw. ut luminibus officiatur erworben hatte. Ferner galt im allgemeinen der Satz: es braucht, vom natürlichen Abflusse abgesehen, niemand das Regenwasser seines Nachbarn in anderer Weise aufzunehmen, sei es tropfenweise oder mittelst Rinne, es müßte denn der Nachbar eine Dienstbarkeit erworben haben, ut stillicidium uel flumen recipiat quis in aedes suas uel in aream. Aber auch in dieser Beziehung wird es Ortschaften mit anderem Rechte gegeben haben.

Bemerkenswert ist in dieser Beziehung die uetustas bei Ulp. fr. 1 § 23 de aqua et aq. pluu. 39, 3: uetustatem uicem legis tenere. Paul. ebenda fr. 2 pr. Vgl. auch Scaeu. ebenda fr. 26; Pomp. fr. 3 § 4 de aqua cott. 43, 20.

Ferner wird c. 1 de seru. 3, 34 vom Jahre 211 ein Fensterrecht ne luminibus tuis officeret gestützt auf longi temporis consuetudinem. Das modo si weist hin auf Papinian: Kalb, R. J. S. 113. Nach Hugo Krüger, Die prät. Serv., S. 67 soll der Schluß modo si is . . possidet Justiniansches Anhängsel sein.

Eine Parallele bietet unser bürgerliches Recht dar. Auch bei uns hat man davon Abstand genommen, ein einheitliches Nachbarrecht herzustellen. Nach dem B.G.B. kann ein jeder die Fenstern seines Nachbarn zubauen, sofern keine desfallsige Dienstbarkeit erworben ist. Aber vielerwärts gilt ein Fensterrecht, wonach Fenster an der Seitenwand nicht verbaut werden dürfen. Und noch viele andere Abweichungen dieser Art sind aufrecht erhalten worden. Vgl. namentlich E.G. zum B.G.B. Art. 124 S. 1. 'Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im B.G.B. bestimmten Beschränkungen unterwerfen.'

4. Hinsichtlich dieser Grunddienstbarkeiten ist uns der Satz überliefert: Haec iura praediorum urbanorum et rusticorum seruitutes uocantur. Daraus ergibt sich, daß die ältere Bezeichnung iura praediorum war, wofür seruitutes erst später gebräuchlich wurde.

Diese seruitus tritt zunächst in Gegensatz zu den persönlichen Dienstbarkeiten, insonderheit dem Nießbrauch. Ulp. fr. 1 pr. si usus fructus 7, 6: Marcellus libro octauo apud Iulianum Labeonis et Neruae sententiam probat existimantium seruitutem quidem eum uindicare non posse, uerum usum fructum uindicaturum. Weitere Stellen bei M. Voigt, Servituten und Servitutenklagen, S. 4 flg.

Später wird mit seruitus auch die persönliche Dienstbarkeit umfaßt. Den Digestentitel de seruitutibus 8, 1 leitet Marcianus fr. 1 mit dem Satze ein: Seruitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut seruitutes rusticorum praediorum et urbanorum.

Bereits Pomponius gebraucht seruitus nicht bloß im engeren, sondern auch im weiteren Sinne: fr. 20 pr. de seru. pr. rust. 8, 3; fr. 20 5 de reg. iur. 50, 17; fr. 8 § 3 de lib. leg. 34, 3.

14. Res mancipi und nec mancipi. II, 14a—17.

Die res mancipi haben uns schon beschäftigt Bd. 1 Erkl. 37 S. 210 flg. Hier ist noch einiges nachzutragen.

1. Es werden aufgeführt Zug- und Lasttiere, quae collo dorsoue domari solent. Die Bändigung der jungen Stiere, nachdem man sie eingefangen hatte, erfolgte noch in späterer Zeit in der Weise, daß man sie in einen Stall brachte und der Hals (collum) an eingeschlagenen Gabeln befestigt wurde; nach einigen Tagen mußte dann der Rücken (tergum) das Joch auf sich nehmen. Vgl. Magerstedt, Bilder aus der röm. Landwirtschaft, Heft 2 S. 70 flg.

2. Zwischen Sabinianern und Proculejanern bestand eine Streitfrage, ob diese Tiere schon mit der Geburt oder erst mit der Bändigung den res mancipi zuzurechnen seien. Den ersteren Standpunkt vertraten die Sabinianer, den letzteren die Proculejaner. Die Frage war nicht ohne praktische Bedeutung, denn auch in ihrem rohen Zustande bildeten diese Tiere den Gegenstand von Rechtsgeschäften. Varro rer. rust. 1, 20 § 2 rät sogar, Ackerstiere lieber roh als gezähmt in einem Alter von drei und nicht über vier Jahre anzukaufen: nouellos cum quis emerit iuuencos, si eorum colla in furcas destitutas incluserit ac dederit cibum, diebus paucis erunt mansueti et ad domandum proni; tum ita subigendum rel. Sache des Käufers war es mithin, diese Tiere zu bändigen; und die demnach gestattete Besitzergreifung ließ sich füglich als Tra-

dition auffassen, vgl. Ulp. fr. 6 de don. 39, 5. Nach Ansicht der Sabinianer wäre freilich zum Eigentumsübergange noch nachträgliche Manzipation erforderlich gewesen.

Waren die Tiere so wild, daß sie sich nicht bändigen ließen, so sollte nach Ansicht der Proculejaner ihre Eigenschaft als res mancipi zu der Zeit beginnen, wo die Zähmung zu geschehen pflegte. Für gute Landwirte galt als Regel, die Zähmung von Stieren nicht vor dem dritten Jahre vorzunehmen, aber auch nicht über das fünfte Jahr hinaus zu verschieben: Magerstedt a. a. O. Solche wilde Tiere zu manzipieren, muß aber seine Schwierigkeiten gehabt haben. Und wenn sie sich nicht einmal einfangen ließen, blieb nur die Jagd übrig. Wurde dann ein solches Tier erlegt, so war nach Ansicht der Sabinianer wie der Proculejaner Gegenstand der Jagdbeute eine res mancipi!

3. Elefanten und Kamele gehörten nicht zu den res mancipi, obwohl auch sie gebändigt wurden. Die Heimat der Kamele ist Nordafrika, Mittelasien und Südwestamerika, während die Elefanten aus Asien und Afrika stammen. Vgl. Brehms Tierleben, Bd. 3^3 S. 1 flg. S. 139 flg. Der Nachgajaner im § 16 erklärt den Ausschluß dieser Tiere von den res mancipi daraus, daß es sie bei den Römern ursprünglich nicht gegeben habe. Aber auch später, als die Römer mit diesen Tieren bekannt geworden waren, werden sie für die Landwirtschaft kaum von Bedeutung gewesen sein, so daß es keinen Sinn gehabt hätte, sie den res mancipi anzureihen.

Wenn übrigens dieser Nachgajaner von einer Zeit spricht, quo constituebatur quasdam res mancipi esse rel., so geht doch auch er von der Vorstellung aus, daß diese Gliederung keine uralte war.

4. Die Einteilung in res mancipi und nec mancipi ist von Bedeutung für Rechtsgeschäfte. Es scheidet aus die Adjudikation: Ulp. 19, 16. Auch kommen lediglich in Betracht Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Das Manzipationstestament

kennt diese Scheidung nicht. Ebenso verhält es sich mit der Schenkung todeshalber. Ferner kommt diese Einteilung nur in Betracht für die Singularsukzession, nicht die Universalsukzession, sofern dieselbe durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf dem Wege der Manzipation herbeigeführt wird. Ich werde hierauf zurückkommen bei Erkl. zu II,, 252.

15. Manzipation und Tradition. II, 18—22.

Der Satz, daß das Eigentum bei res mancipi durch Manzipation, bei res nec mancipi durch Tradition übertragen werde, wird häufig dahin verstanden: daß die res nec mancipi der Manzipation unfähig seien. Vgl. z. B. Baron, Gesch. des röm. Rts., S. 129.

Dies ist richtig für Provinzialgrundstücke, weil die Manzipation bei Abwesenheit vom Grundstücke vorgenommen werden konnte, und hier quiritisches Eigentum überhaupt nicht möglich war. Agenn. Urb. 63, 4 = Frontinus 36, 5. 6: nec mancipatio eorum legitima potest esse. Wie verhält es sich aber bei den beweglichen Sachen?

Nach I, 119 faßt derjenige, welcher erwerben will, die Sache an; spricht aus, daß sie für ihn genommen sein soll; der bisherige Eigentümer läßt das ruhig geschehen. Damit habe ich zugleich alle Merkmale einer Tradition.

Nach Ulp. 19, 6 ist zwar das Anfassen nicht mehr nötig. Es können so viele bewegliche Sachen zu gleicher Zeit manzipiert werden, als möglich ist mit der Hand anzufassen. Aber die Sachen müssen zugegen sein. Hier habe ich ebenfalls alle Merkmale einer Tradition.

So faßt schon Cicero die Sache auf. Denn top. 5, 28 bezeichnet er die Manzipation als traditio alteri nexu. Vgl. ferner uat. fr. 264: donationis causa praesentes seruos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit. Zur Vollendung einer Schenkung genügt bei res mancipi nicht die Manzipation, es muß Tradition hinzukommen: uat. fr. 313. Diese Tradition wird schon gefunden in der Gegenwart der

Sklaven bei Vornahme der Manzipation. Für die spätere Zeit kommt in Betracht epit. I, 6 § 3: mancipat, hoc est manu tradit.

Also die Manzipation enthält zugleich eine Tradition.

Bei den Römern hat sich im Laufe der Zeit die Regel entwickelt: utile per inutile non uitiatur. Vgl. Dernburg, Pand., Bd. 1 § 124 Nr. 3. Diese Regel, angewandt auf die Manzipation von res nec mancipi, führt zu dem Ergebnis: die Manzipation war zwar überflüssig, weil sie aber eine Tradition mitumfaßt, bewirkt sie den Uebergang von Eigentum.

So erklärt sich ganz einfach die Manzipation von Perlen bei Plin. nat. hist. 9, 35 §§ 58. 60: mancupationem tabulis probare . . . sequitur heredem, in mancipatum uenit ut praedium aliquod. Die von Dirksen, Vermischte Schriften, Tl. 1 S. 78 flg. versuchte Auslegung, bei der man sich bisher vielfach beruhigt zu haben scheint, ist mehr als gewaltsam. Nach Dirksen soll in Frage stehen die Deduktion von Perlen bei Manzipation sonstiger Vermögensgegenstände. Richtig beurteilt den Fall Girard-v. Mayr, Gesch. u. Syst., S. 317 Anm. 4.

Eine andere Bewandtnis hat es mit Tac. ann. 1, 73: quodque uenditis hortis statuam Augusti simul mancipasset. Die Statue ist hier Zubehör der Gärten. Die Manzipation eines Grundstückes wird sich miterstreckt haben auf das Zubehör: z. B. auf den Düngervorrat wie die dem Vieh untergelegte Streu, vgl. Ulp. fr. 17 § 2 de act. empti uend. 19, 1; ferner auf die Pfähle bei Weinbergen, vgl. fr. 17 § 11 ebenda. Auch sind wohl in der Schenkungsurkunde des Fl. Artemidorus (Bruns[7] n. 136) die Aschenkasten, cineraria, Zubehör der Nischen, ollaria. Mommsen, Ges. Schr., Bd. 3 S. 203 Anm. 5: 'es kann sein, daß die Rechtsform hier mißbräuchlich angewandt ist'. Girard-v. Mayr a. a. O. stellt diesen Fall auf gleiche Stufe mit der Manzipation von Perlen bei Plinius.

Nicht Zubehör ist das Inventar eines Grundstückes: Pap. fr. 2 § 1 de instructo 33, 7. Wenn daher ein Provinzial-

landgut mit Inventar tradiert wurde, so ging das Eigentum an Sklaven und Vieh, sofern es res mancipi waren, erst über nach Vornahme einer Manzipation bezw. infolge einer Ersitzung: uat. fr. 293, 1.

16. Plenum ius. II, 19—21.

Durch Tradition einer res nec mancipi wird ein plenum ius erworben. Ist einem römischen Bürger tradiert, so erwirbt er mithin nicht bloß bonitarisches, sondern volles quiritisches Eigentum.

Die Tradition ist eine Erwerbsart des ius naturale: II, 65; d. h. des ius gentium: Bd. 1 S. 99. Somit erwirbt auch der Peregrine, der an sich des quiritischen Eigentums nicht fähig, auf diese Weise ebenfalls ein plenum ius, d. i. Eigentum.

In derselben Lage befinden sich, wie Gajus ausdrücklich bemerkt, die Provinzialgrundstücke. Hier kann ebensowenig von einem quiritischen Recht die Rede sein, aber doch von einem vollen Eigentum. Und in dieser Beziehung stehen römische Bürger und Peregrinen auf gleicher Stufe.

Dieses volle Recht räumt Gajus II, 21 ganz anstandslos den Privaten ein, während er II, 7 nur ein staatliches Eigentum kennt. Auf diesen Widerspruch habe ich schon aufmerksam gemacht Rtsg. Gaj. S. 67.

Huschke[4] hat geglaubt, diesen Widerspruch heben zu können auf Grund einer früheren Lesung von Studemund, der, dem In eadem causa des § 21 voraufgehend, nicht bloß ein m, sondern auch ein i o oder i c als möglich annahm. Huschke klammerte sich an i c = iure ciuili. Auf diese Weise erhalten wir aber kaum einen ansprechenden Gedanken. Ferner hat Studemund infolge seiner Nachvergleichung das i c wie i o verworfen und nur noch das m für möglich, wenn auch für unsicher erklärt.

Weiter unten II, 26 ist von plena possessio concessa die Rede.

17. In iure cessio. II, 22—25.

In iure cessio macht den Eindruck eines zwiespältigen Begriffes. Einerseits scheint sie uns hinzuweisen auf den Prozeß. Derjenige, welcher mittels i. i. c. Eigentum erwerben wollte, spricht dieselben Worte wie derjenige, welcher mittels Vindikatio in alter Zeit sein Eigentum geltend machte. Es heißt II, 24 wie IV, 16: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Andererseits sind es dieselben Worte, die wir I, 119 etwas vollständiger bei dem antreffen, der sich zum Eigentumserwerbe der Manzipation bediente: hunc ego hominem ex iure stricto Quiritium meum esse aio. Insofern werden wir wieder an ein Hauptrechtsgeschäft erinnert.

Der prozessuale Gesichtspunkt scheint sogar zu überwiegen, weil wir es hier zu tun haben mit einem Verfahren vor dem Magistrate, das durch dessen addictio seinen Abschluß findet.

Diesem Umstande ist es wohl zuzuschreiben, daß heutige Schriftsteller fast allgemein die i. i. c. für einen Scheinprozeß ausgeben und daneben die rechtsgeschäftliche Natur derselben in den Hintergrund treten lassen.

Gegen diese Auffassung hat kräftigen Widerspruch erhoben Wlassak, Z. R.G. Bd. 41 S. 71 flg. Derselbe hebt mit Recht hervor, daß ein Prozeß notwendig einen Streit verlange, der hier gar nicht vorhanden sei.

Nicht einmal zum Schein wird gestritten. Der eine behauptet, Eigentümer zu sein. Der andere wird gefragt, ob er seinerseits behauptet, Eigentümer zu sein. Er verneint dies entweder oder er schweigt: hat also gegen das Eigentum des anderen nichts einzuwenden.

Würde zum Scheine gestritten, so hätte das Verfahren folgenden Verlauf nehmen müssen. Der eine behauptet Eigentümer zu sein, der andere ebenfalls. Der Magistrat schließt sich gleichwohl der Behauptung des Vindikanten an.

Addicere in seiner Grundbedeutung ist ein hinzutretender Spruch; insonderheit in dem Sinne, daß die Aussage eines anderen gebilligt wird. Festus Th. 9: Addicere est

proprie idem dicere et adprobare dicendo. Hieraus hat sich erst die andere Bedeutung 'Zuspruch' entwickelt. Vgl. Wlassak bei Pauly-Wissowa, Real-Encykl. unter Addicere, und Z. R.G. Bd. 38 S. 90 flg.

Nehmen wir nun bei der i. i. c. unsern Ausgang von der Grundbedeutung, so wird die Haupterklärung von dem Erwerbenwollenden abgegeben, dessen Erklärung der Prätor billigt.

Anstoß hat man daran genommen, daß der Erwerbenwollende zuerst mit seiner Erklärung vorgeht, und zwar mit einer Erklärung, die den Tatsachen nicht entspricht. Er ist ja noch gar kein Eigentümer, belügt also wohl gar den Prätor.

Indessen die Sache verhält sich mit der Manzipation gerade so. Auch hier nimmt nach I, 119 zuerst in gleicher Weise das Wort qui mancipio accipit.

Wir müssen uns also nach einer Erklärung umsehen, die sich nicht auf die i. i. c. beschränkt. So leicht ist das keineswegs, da wir uns erst in alte Vorstellungen hineinversetzen müssen. Uns liegt ein Hergang näher, wo erst der Einräumende anbietet, und dann der Erwerbenwollende annimmt.

Die legis actio zitierte das Gesetz, die Formel selbst war das Zitat: Jhering, Geist, Bd. 2[3] S. 634. Das Rechtsgeschäft lehnt sich nun wieder der legis actio an. Bei der Manzipation treten uns gleich zu Anfang die Worte entgegen: Hunc ego hominem ex iure stricto Quiritium meum esse aio. Damit will der Betreffende auf ein Recht hinweisen, das er in dieser Weise vor Gericht geltend machen kann. Genau so verhält es sich mit der i. i. c. Der Unterschied ist nur der, daß im einen Falle die Erklärung vor Zeugen abgegeben wird, während im anderen Falle eine Zustimmung des Magistrates erforderlich ist.

Von einem Belügen des Magistrates kann vollends keine Rede sein. Schon Demelius, Confessio, S. 102 hebt mit Recht hervor: daß wir uns die solenne Verhandlung 'doch keinesfalls als ex abrupto geschehen denken dürfen'. Wenn einer vom anderen auf dem Wege der i. i. c. Eigentum er-

werben wollte, so werden sie natürlich ihr Anliegen dem Prätor vorgetragen haben; und wenn alle Einzelheiten genau besprochen waren, wird dann zum Schluß der Erwerbenwollende begonnen haben: Hunc ego hominem usw.

Wir können der i. i. c. etwa zur Seite stellen die heutige Auflassung. B.G.B. § 925 heißt es: 'Die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden.' Hinzukommen muß nach B.G.B. § 873 'die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch'.

Die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers haben wir ebenfalls bei der i. i. c., und die Eintragung entspricht der addictio des römischen Rechtes.

So unrichtig es nur sein würde, die heutige Auflassung als einen Scheinprozeß aufzufassen, ebensowenig trifft dieser Standpunkt zu für die i. i. c. Insonderheit hat sich die Auflassung ebenfalls nicht aus einem Scheinprozeß entwickelt: vgl. Sohm, Auflassung in Festgabe für Thöl S. 117 Anm. 55; Gierke, Deutsches Privatrt. Bd. 2 § 117.

Auf Deutsch können wir i. i. c. etwa wiedergeben mit 'Einräumung vor dem Magistrate bezw. Prätor'. Das würde ziemlich genau entsprechen. Jedenfalls ist der Scheinprozeß beiseite zu lassen.

Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 278 flg. hat sich freilich trotz der Ausführungen Wlassaks gegen die Verwendung des Prozeßbegriffes in dieser Lehre nicht entschließen können, diese Auffassung preiszugeben.

Wenn auch ein Prozeß im römischen Sinne erst durch die Litiskontestation begründet werde, so stelle doch jede Vindikation ein Stück wenigstens eines werdenden Prozesses dar; und daß die i. i. c. eine Vindikation voraussetze, lasse sich nicht bestreiten.

Mir will es vorkommen, als ob hier die Begriffe 'Mittel' und 'Zweck' miteinander verwechselt wären. Die Worte Hunc ego hominem usw. können allerdings den Zweck haben, einen

Prozeß einzuleiten; dann muß aber hinzukommen, daß der Gegner das Recht bestreitet. Sie können aber auch den Zweck haben, und sind in diesem Sinne von den Römern gebraucht worden, ein Recht erst zu erwerben; dann muß hinzukommen, daß der andere dies Recht einräumt. Also die betreffenden Worte sind nur Mittel zum Zweck, der bald dieser, bald jener sein kann.

Andererseits hebt Mitteis dem Vertragsstandpunkte gegenüber hervor: 'daß zur Vornahme dieses Geschäftes die prozessuale Parteifähigkeit notwendig ist'. Dieser Punkt bedarf allerdings einer näheren Untersuchung.

Den Quellenbeweis glaubt Mitteis vor allen Dingen durch drei Stellen führen zu können: Gai. II, 96; Paul. uat. fr. 51; schol. Sin. 49.

Mit diesen Stellen werde ich mich später noch eingehender beschäftigen müssen: siehe darüber Erkl. 48 und 53. Vorläufig beschränke ich mich auf folgende kurze Bemerkungen.

Bei Gajus ist gesagt, daß Gewaltunterworfenen nichts vor dem Prätor eingeräumt werden könne, nihil in iure cedi posse: denn da ihnen nichts das Ihrige sein könne, nihil suum esse possit, könnten sie auch nichts als das Ihrige vor dem Prätor in Anspruch nehmen. Der Grund bezieht sich nur auf das Eigentum. Wollen wir die Begründung mit der voraufgehenden Behauptung in Einklang bringen, so werden wir das erstere nihil ebenfalls vom Eigentum zu verstehen haben. Damit ergibt sich der Satz: Gewaltunterworfenen kann kein Eigentum vor dem Prätor eingeräumt werden, weil sie kein Eigentum haben und deshalb auch nicht vor dem Prätor in Anspruch nehmen können: ut nihil suum esse posse in iure uindicare possint. Bei diesem uindicare ist nicht etwa an einen ernstlich gemeinten Eigentumsprozeß zu denken, da es einem cedi gegenübertritt. Im letzten Grunde ist es also ein rein sachlicher Grund, welcher die Gewaltunterworfenen vom Eigentumserwerbe durch i. i. c. ausschließt; keineswegs die mangelnde Prozeßfähigkeit, die übrigens den Gewaltunterworfenen gar nicht vollständig mangelt.

Die Gliederung ist folgende: Gewaltunterworfene können kein Eigentum haben, deshalb können sie für sich vor dem Prätor kein Eigentum in Anspruch nehmen, also kann ihnen vor dem Prätor auch kein Eigentum eingeräumt werden.

Daneben bleiben offene Fragen: sind die Gewaltunterworfenen überhaupt von der i. i. c. ausgeschlossen, auch wo es sich gar nicht um Eigentum handelt; sind sie ferner ausgeschlossen vom Eigentumserwerb für die Gewaltinhaber, die ja Eigentum haben können?

Nach Paulus uat. fr. 51 kann allerdings der Gewaltunterworfenen zugedachte Nießbrauch nicht durch i. i. c. begründet werden. Hier handelt es sich aber um ein anomales Rechtsverhältnis. Aus diesem Fernhalten der Gewaltunterworfenen von einem anomalen Rechtsverhältnisse darf aber nicht gefolgert werden, daß die i. i. c. den Gewaltunterworfenen überhaupt nicht zugänglich war.

Was endlich schol. Sin. 49 anbetrifft, so ist die prozessuale Auffassung sehr jungen Ursprunges. Das überlieferte legis δεκτικός ist von Paul Krüger wiedergegeben mit legis actionis capax. Diese Einschiebung von actionis muß ich durchaus beanstanden.

Daß die i. i. c. von den Römern als Scheinprozeß aufgefaßt worden, ist nirgends gesagt und ergibt sich auch nicht aus den drei eben besprochenen Stellen. Dagegen tritt sie uns recht deutlich als ein Rechtsgeschäft entgegen in einer Regel, die uns jetzt näher beschäftigen soll.

18. Quod ualet mancipatio idem ualet et in iure cessio. II, 22.

Der Satz Quod ualet mancipatio idem ualet et in iure cessio beruht zwar zum Teil auf Ergänzung. Diese Ergänzung, die schon auf Goeschen zurückgeht, wird aber richtig sein, weil sie der nachfolgende Inhalt bestätigt.

Regeln, wie die vorliegende, pflegen ihre Ausnahmen zu haben und sind häufig nur nach einer bestimmten Richtung

hin zu verstehen. Wie weit nun im einzelnen die Gleichstellung der i. i. c. mit der Manzipatio gereicht haben mag, vermögen wir nicht näher festzustellen. Daran ist vor allen Dingen Schuld der zerrüttete Zustand, in dem uns die i. i. c. überliefert worden.

Am nächsten liegt es, den fraglichen Satz mit dem Gebiete in Verbindung zu bringen, auf dem sich beide Rechtsgeschäfte bewegten. In dieser Beziehung wären aber wieder verschiedene Zeiten auseinanderzuhalten.

1. Von Haus aus wird es diesen Satz schwerlich schon gegeben haben. Ursprünglich werden mancipatio und in iure cessio beide ihr besonderes Gebiet gehabt haben. Die mancipatio diente der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen: siehe Bd. 1 S. 211; bleiben für die in iure cessio die Grundstücke: vgl. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 383. 384; Mitteis, Bd. 1 S. 276 Anm. 40.

Die in iure cessio weist uns hin auf die uindicatio. Ursprünglich mußte die Vindikation auf dem Grundstücke selber vorgenommen werden, später begaben sich die Streitenden zu diesem Zwecke aufs Forum zum Prätor. So ist denn auch eine in iure cessio bei Abwesenheit vom Grundstücke möglich.

Hieran hat man festgehalten, als man die Manzipation der italischen Grundstücke gestattete. Die Manzipation sollte für den Verkehr eine Erleichterung sein: II, 25.

2. Von den Dienstbarkeiten ländlicher Grundstücke haben wir zunächst sowohl die Manzipation wie die in iure cessio fernzuhalten. Man beschränkte sich darauf, den zu schützen, der eine Zeitlang die Dienstbarkeit ausgeübt hatte.

Für die ältesten Dienstbarkeiten erklärt M. Voigt, Servituten und Servitutenklagen, S. 5: aquaeductus, haustus. iter, actus, cloaca. Davon haben wir als jüngeres Gebilde die cloaca auszuscheiden. Ferner wird das iter einmal den actus mitumfaßt haben. Somit blieben übrig aquaeductus, haustus, iter.

Wurde die Wasserzuführung gestört, so hatte der in der Benutzung Gehinderte je nachdem ein Interdiktum de aqua

aestiua oder aqua cottidiana: Ulp. fr. 1 pr. § 29 de aqua cott. 43, 20. Das Wasserrohr heißt riuus. Wer ein solches auf fremdem Grund hatte und gehindert wurde, dasselbe in Stand zu setzen bezw. zu reinigen, dem stand das Interdiktum de riuis zur Seite: Ulp. fr. 1 pr. § 9 de riuis 43, 21.

Wem das Wasserschöpfen untersagt wurde, hatte das Interdiktum de fonte: Ulp. fr. 1 pr. de fonte 43, 22. Wurde er gehindert, das Wasserbecken zu reinigen bezw. auszubessern, so griff das Interdiktum de fonte reficiendo Platz: Ulp. fr. 1 § 6 de fonte 43, 22.

Wem die Benutzung eines Weges untersagt wurde, dem stand das Interdiktum de itinere zur Seite: Ulp. fr. 1 pr. de itinere 43, 19. Wer gehindert wurde, ihn auszubessern, hatte das Interdiktum de itinere reficiendo: Ulp. fr. 3 § 11 ebenda.

Später hat man dann zur Bestellung von Felddienstbarkeiten die Manzipation benutzt. Ein weiteres Gebiet hat aber die Manzipation nach dieser Richtung hin nicht erlangt. Die Entwicklung ist hier zum Stillstand gelangt: vermutlich weil man sich überzeugte, daß sich die in iure cessio besser zur Bestellung von Dienstbarkeiten eigne.

Wir wissen von einer lex Scribonia, welche die Ersitzung der Dienstbarkeiten aufhob. Paul. fr. 4 § 28 de usurp. 41, 3: eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae seruitutem constituebat.

Es ist sehr wohl möglich, daß Interdiktenschutz und Ersitzung einmal miteinander Hand in Hand gingen; daß, wer auf die Interdikte Anspruch, zugleich die Dienstbarkeit ersessen hatte. Als es dann später möglich wurde, die Dienstbarkeiten durch Rechtsgeschäft zu bestellen; als insonderheit die in iure cessio eine allgemeine Bestellungsform wurde, mag man die Ersitzung für überflüssig gehalten haben. Damit wären dann die Interdikte, die ursprünglich ein ersessenes Recht schützten, zu bloßen Besitzesinterdikten herabgesunken.

Jedenfalls kennt bereits Labeo die in iure cessio einer

Dienstbarkeit: Paul. fr. 2 § 10 de aqua 39, 3. Vielleicht ist sie aber gar nicht viel älter. Denn in der angeführten Stelle steht dem cesserit gegenüber si fundus tuus uicino serviat. Daraus möchte man schließen, daß das servire einmal auf andere Weise begründet werden mußte.

3. Die in iure cessio vermag so viel wie die Manzipation. Also kann auch auf dem Wege der in iure cessio an res mancipi Eigentum erworben werden. Sie versagt bei den Provinzialgrundstücken, wie die Manzipation. II, 31.

4. Aber sie vermag mehr als die Manzipation. Sie überträgt auch Eigentum an beweglichen res nec mancipi. Ulp. 19, 9: In iure cessio quoque communis alienatio est et mancipii rerum et nec mancipii. Die Manzipation hatte in dieser Beziehung nur insofern Wirkung, als sie zugleich als Tradition betrachtet werden kann.

5. Vor allen Dingen hat die in iure cessio ein weiteres Anwendungsgebiet bei den res incorporales. Die Manzipation beschränkt sich hier auf die iura praediorum rusticorum. Die in iure cessio ergreift auch die iura praediorum urbanorum, den usus fructus und die hereditas. Ferner sind wir ihr schon begegnet bei der patria potestas I, 134 und der tutela I, 168. Bei Obligationen versagt auch die in iure cessio II, 38. 39.

6. Die in iure cessio ist das jüngere Rechtsgebilde. Vgl. Girard-v. Mayr, Gesch. u. Syst., S. 319.

Man pflegt die in iure cessio auf die Zwölftafeln zurückzuführen. Nach Sohm, Just.[14] S. 67 Anm. 6 soll dies wahrscheinlich werden durch die Aeußerung von Paulus uat. fr. 50: et mancipationem et in iure cessionem lex XII tab. confirmat. Noch bestimmter spricht sich aus Mitteis, Bd. 1 S. 276. Und Bruns hat diese Stelle aufgenommen tab. VI, 5[b].

Vollgültigen Beweis liefert der unbestimmte Ausdruck confirmat jedenfalls nicht. So schon Ihering, Geist, Bd. 2[3] S. 553.

19. Zum Inhalte von II, 26. 27.

Abgesehen von dem, was noch der Seite 59 angehört, entspricht II, 26. 27 der Seite 60 der Hs. sowie 12 Zeilen der Seite 61.

Auf Seite 60 ist nicht viel gelesen worden, und ähnlich verhält es sich mit dem Anfange von Seite 61.

1. Der Anfang von § 26 wird den Satz enthalten haben, daß durch Tradition einer res mancipi das Eigentum nicht verloren gehe.

2. Die plena possessio concessa der Zle. 7 weist uns dann hin auf die Provinzialgrundstücke. Hier entsteht durch Tradition ebenfalls kein quiritisches Eigentum, aber eine plena possessio, die durch eine Klage geschützt wird. Die Formel scheint einer anderen nachgebildet zu sein. Das würde in gewisser Weise die von Lenel, Ed.[2] S. 182 entwickelte Ansicht bestätigen. Vielleicht wäre in dieser Weise zu ergänzen: ex formula, qua hi qui(dem utuntur, qui agrum uectigalem petunt . .).

3. Die mit Huschke Zle. 10 einzusetzenden Proculejanar lassen die Erörterung einer Streitfrage zwischen den beiden Schulen vermuten. Den Gegenstand dieser Streitfrage werden die Zle. 11 uns entgegentretenden Früchte gebildet haben. Und der Inhalt dieser Streitfrage bezog sich vielleicht darauf: ob der Eigentümer eines Provinzialgrundstückes die Früchte schon durch Separation oder erst durch Perzeption erwerbe.

Es heißt bei Julian fr. 25 § 1 de us. 22, 1: bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. An diesen dominis ist viel herumgedeutelt worden. Ich glaube nicht, daß Julian so allgemein geschrieben hat. Eigentümern braucht der Fruchterwerb an sich doch nicht erst erteilt zu werden. Julian schrieb statt dominis praediorum vermutlich possessoribus praediorum stipendiariorum. Demnach wäre der gutgläubige Besitzer behandelt wie der nichtquiritische Eigentümer eines Provinzialgrundstückes.

Der Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers hat eine Menge von Streitigkeiten veranlaßt. Daß hier viel interpoliert worden, hat Czyhlarz, Forts. S. 571 flg. nach anderer Richtung aufs gründlichste nachgewiesen. Für unbestreitbar erklärt er dagegen S. 469 flg. den Satz: 'daß nach römischem Rechte die Früchte einer Sache mit der Separation dem bonae fidei possessor zufallen'. Unanfechtbar ist der Satz nicht einmal vom Standpunkte des Justinianschen Rechtes. Auf alle Fälle könnten die Ansichten der römischen Rechtsgelehrten hier gleichwohl auseinandergegangen sein.

Bleiben wir einmal stehen bei der Julianschen Stelle. Es ist zunächst fortwährend von einem Ansichnehmen der Früchte die Rede: an . . perceptos fructus suos faciat . . fructus qui ex fundo percipiuntur . . in percipiendis fructibus . . percipiuntur; dem entsprechend: quod ex messibus collectum fuerit; dann wieder: in percipiendis fructibus.

Ferner paßt die Begründung gar nicht zu einem Fruchterwerb durch bloße Abtrennung. Es heißt in dieser Beziehung: propius ea accedere, quae serui operis suis adquirunt. Der vermittelnde Gedanke wäre demnach: ebenso wie beim Erwerb durch Sklaven sollen auch beim Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers für den Eigentumserwerb an den Früchten die Arbeiten den Ausschlag geben.

Daß der Erwerb der Früchte schon mit der Trennung erfolge, ist erst in dem mit praeterea beginnenden Schlußsatze hinzugefügt. Der gutgläubige Besitzer wird in dieser Beziehung auf gleiche Stufe gestellt mit dem qui uectigalem fundum habet. Vielleicht ist dieser ganze Satz der Schrift eines anderen Rechtsgelehrten entlehnt. Im § 2 begegnen wir dann wieder einem perciperet . . perceptione . . percipiendos fructus.

Wie steht es um Gajus? Es kommen in Betracht libro secundo rer. cotid. fr. 28 de us. 22, 1 = I. I. II, 1 § 37. In der ersteren Stelle heißt es: statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii; dagegen in der entsprechenden Stelle aus I. I.: statim naturali iure dominii sunt fructuarii. Vielleicht haben wir hier Interpolationen vor uns.

Wie I. I. II, 1 § 37 dem zweiten Buche der res cott. entnommen, könnte dies auch hinsichtlich des voraufgehenden § 35 der Fall sein: siehe Rtsgel. Gaj. S. 73. Der § 35 bringt uns für den gutgläubigen Besitzer folgenden Satz: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. Das sieht echt Gajanisch aus, und der Zusatz pro cultura et cura entspricht durchaus der Julianschen Begründung.

Dazu kommt ferner der allgemeine Satz II, 92: quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore. Er kehrt in gleicher bezw. ähnlicher Gestalt wieder in fr. 10 § 4 de adq. rer. dom. 41, 1 und I. I. II, 9 § 4.

Die Gleichung mit dem Sklavenerwerb findet sich auch bei Afric. fr. 40 de adq. rer. dom. 41, 1 a. E.

Und Pomp. fr. 45 de us. 22, 1 begnügte sich beim Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers nicht einmal mit dem Ansichnehmen der Früchte, er mußte auch die Saat besorgt haben. Anders ist 'das verzweifelte fr.', wie Pernice, Labeo, Bd. 2 [2] Abt. 1 S. 358 Anm. 2 sich ausdrückt, kaum zu verstehen; und daß dieser Satz in die Justiniansche Gesetzgebung erst hineininterpoliert worden, kommt mir sehr unwahrscheinlich vor.

Man wird diesem allem zufolge mit der Möglichkeit rechnen können, daß zwischen den beiden Schulen eine Streitfrage darüber bestand: ob der gutgläubige Besitzer die Früchte schon im Augenblicke der Trennung oder erst durch Ansichnahme erwerbe.

Und von dieser Streitfrage könnte Gajus II, 26 gehandelt haben.

4. Mit Item adhuc i . . (admo)nend(i sumus . .) wird irgendeine Bemerkung von Gajus angereiht sein.

5. Die Seite 61 beginnt mit Sed Cass. Ist zu Cass(ius) zu erweitern, so wäre uns hier eine Ansicht von Cassius mitgeteilt, die sich wohl noch auf das Voraufgehende bezog.

6. Dem muni ist doch wohl vorzusetzen ex solo im. Dann hätten wir den steuerfreien Boden vor uns und werden hingewiesen auf das ius Italicum.

Das eximendus wird von Ausnahmen zu verstehen sein.

Wie mit dem Gebiete, welches dem ius Italicum unterstellt war, wird es sich auch verhalten haben mit dem Gebiet der freien Städte: (nec qui)dem ulla libera ciuitas.

Diese Lücke, wie die voraufgehenden könnten wichtige Dinge enthalten haben, geeignet, unsere Kenntnisse über die Bodenverhältnisse in den Provinzen zu vermehren, bezw. ihnen eine sichrere Grundlage zu verleihen. Dann wäre es sehr erwünscht, wenn es einmal gelingen sollte, weiteren Text zu entziffern.

7. Im § 27 sieht es mit dem gelesenen Text schon etwas besser aus. So wie ich ihn verstehe, handelt es sich um eine Frage der Terminologie.

Früher hatte man gegenübergestellt Italici soli nexum esse dem prouincialis soli nexum non esse; statt dessen entspräche jetzt ein mancipi esse dem nec mancipi esse.

Dabei ist indes zu bemerken, daß die provinzialen Grundstücke sich wesentlich unterscheiden von den beweglichen res nec mancipi. An ihnen war ein quiritisches Eigentum überhaupt nicht möglich, z. B. nicht durch Ersitzung zu erlangen: Frontin. 36, 3. 4.

Man täte daher besser, ein Dreifaches zu unterscheiden: res mancipi, bewegliche res nec mancipi, Provinzialgrundstücke.

Dem entspricht nicht bloß ein zweifaches Eigentum, wir haben vielmehr ein dreifaches anzunehmen: quiritisches, bonitarisches, nichtquiritisches am Provinzialboden.

20. Bestellung von Dienstbarkeiten. II, 29—33.

Bei der Bestellung von Dienstbarkeiten haben wir auseinanderzuhalten: das stadtrömische Recht und das Recht an Provinzialgrundstücken. Ferner stoßen wir hier auf den Gegensatz von Zivilrecht und prätorischem Recht.

1. Der älteste zivilrechtliche Entstehungsgrund für Dienstbarkeiten könnte die usucapio gewesen sein. Sie wurde beseitigt durch eine lex Scribonia. Davon war schon die Rede Erkl. 18.

Bei ländlichen Dienstbarkeiten stellt sich die Manzipation ein. Wäre hierfür von jeher die in iure cessio verwandt worden, so würde man wohl schwerlich darauf verfallen sein, diese Dienstbarkeiten zu manzipieren.

Später wird die in iure cessio die allgemeine Begründungsform.

Das Manzipationstestament scheint von Haus aus zur Bestellung von Dienstbarkeiten kaum benutzt zu sein.

Der Adjudikation wird von je ein größeres Anwendungsgebiet gefehlt haben.

2. Die Bestellung von Dienstbarkeiten an Provinzialgrundstücken erfolgte nach Gajus pactionibus et stipulationibus.

a) Die pactio brauchen wir nicht auf den formlosen Vertrag zu beschränken. Es gab eine nuda pactio, Ulp. fr. 7 § 4 de pactis 2, 14; aber auch conceptae solenniter pactiones, c. 9 C. Th. de infirmandis 15, 14 vom Jahre 395. Ferner könnten die Formen in den einzelnen Provinzen verschiedene gewesen sein, vgl. Ulp. fr. 25 § 7 de usu fructu 7, 1: uel alium quemcumque modum.

Diese Bestellungsform der Provinzen haben die Römer nicht ohne weiteres beseitigen können. Aber um sich die Sache mundgerechter zu machen, auch wohl um in einer Beziehung eine Einheitlichkeit herzustellen, suchte sich die Ansicht Geltung zu verschaffen: der pactio müsse eine Stipulationsklausel angehängt werden.

Die Bestellungsform pactionibus et stipulationibus ist sogar allgemein Justiniansches Recht geworden: in dieser Beziehung hat das Provinzialrecht den Sieg davongetragen über das römische Recht.

Die Frage, ob und inwiefern man diese Rechtsbildung dem ius gentium unterstellen könne, hat mich bereits beschäftigt Bd. 1 S. 99.

b) Es besteht eine Streitfrage, ob pactio **und** stipulatio zur Bestellung einer Dienstbarkeit erforderlich gewesen, oder ob eins von beiden genügt habe. Für die erstere Ansicht z. B.

Karlowa, Rtsgesch., S. 225; Girard-v. Mayr, Gesch. u. System, S. 405. Dagegen soll eins von beiden ausreichen nach Schilling, Institutionen, Bd. 2 S. 652, sowie Perozzi, siehe darüber Schneider, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 43 S. 246, desgleichen nach Hugo Krüger, Die prät. Servitut., S. 14 flg.

Die Verbindung tritt uns noch mehrfach entgegen. So Gai. fr. 3 pr. de usu fructu 7, 1: pactionibus et stipulationibus. Ferner I. I. § 1 de usufr. II, 4 pactionibus et stipulationibus und I. I. § 4 de seru. II, 3: pactionibus atque stipulationibus. Zu letzterer Stelle bemerkt Theoph.: συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι τὴν δουλείαν ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παραχώρησιν.

Nach Theophilus sind also ganz entschieden zwei Voraussetzungen anzunehmen, und so werden wir auch Gajus zu verstehen haben.

Eine andere Frage ist die: ob alle derselben Ansicht waren. In dieser Beziehung beachte man Afric. fr. 33 pr. de seru. pr. rust. 8, 3: maxime si pacto stipulatio subdita sit. Hier wird die Hinzufügung einer Stipulation nur für zweckmäßig erachtet, um alle Zweifel an der Gültigkeit der Dienstbarkeitsbestellung niederzuschlagen.

Perozzi a. a. O. hält die betreffenden Worte für interpoliert; anderer Ansicht Girard-v. Mayr, Gesch. u. Syst., S. 406; dagegen wieder für Interpolation Rabel, Haftung des Verkäufers, S. 63 Anm. 2. Im folgenden § 1 wird geradezu die Wahl gelassen zwischen pactum und stipulatio. Perozzi wittert freilich auch hier Interpolationen, siehe Kalb, Jahresbericht für 1891—1895, S. 272. Ferner heißt es c. 3 de seru. 3, 34 vom Jahre 223: tueri enim placita inter contrahentes debent; c. 14 pr. ebenda vom Jahre 531: quidam etenim pactus est cum suo uicino; c. 12 § 4 de aed. priu. 8, 10 von Kaiser Zeno: κατὰ τὸ σύμφονον ἐπιτρέπομεν ἐγείρεσθαι τὰς οἰκοδομάς. In allen diesen Fällen erscheint ein Paktum als ausreichend.

Die Turiner Institutionenglosse 104 zu I. I. II, 3 § 4 unterscheidet in eigenartiger Weise zwischen pactio und stipulatio. Es verschenkt jemand ein Grundstück und legt demselben pacto Dienstbarkeiten auf zugunsten eines benachbarten Grundstückes; es verkauft jemand ein Grundstück und übernimmt stipulationibus Dienstbarkeiten zugunsten des Käufers.

Uneingeschränkte Billigung scheint demnach das pactionibus et stipulationibus als Doppelgeschäft keineswegs gefunden zu haben. Vielleicht war die Praxis in den einzelnen Provinzen eine verschiedene. Ferner ist pactio ein vielseitiger Begriff.

Sehr beachtenswert erscheint mir in dieser Beziehung bei Ulp. fr. 25 § 7 de usu fr. 7, 1 die Verbindung uel alium quemcunque modum, die auf Pegasus zurückgehen könnte, der also die große Mannigfaltigkeit noch nicht mit einem einzigen Worte umfaßte.

c) Die Stipulation, welche sich auf provinzialem Boden der pactio anschloß, mag entstanden sein in Anlehnung an eine altrömische Rechtsbildung.

In den Provinzen diente die Stipulation zur Begründung bezw. Mitbegründung einer Dienstbarkeit, in Rom war die Stipulation Begleiterin einer geschuldeten, höchstens einer bereits bestellten Dienstbarkeit. Beides ist bisher nicht auseinandergehalten, z. B. nicht von Windscheid, Pand., Bd. 1 [7] § 212 Anm. 1.

Mit diesem letzteren Versprechen hat sich bereits Cato — Paul. fr. 4 § 1 de uerb. obl. 45, 1 — vermutlich der jüngere, siehe Sanio, Zur Gesch. der röm. Rtsw., S. 28 flg., gestorben 600/154, beschäftigt. Das häufige Vorkommen desselben in den Quellen und die feine Entwicklung — Liebe, Stipulation, S. 325 flg. — welche die römische Wissenschaft demselben zu geben verstand, leisten dafür Gewähr: daß ein dringendes Bedürfnis des Verkehrslebens in Frage stand, dem Abhilfe zuteil werden sollte.

Die Stipulation erzeugte in Rom selbstredend unmittelbar

nur obligatorische Wirkungen, aber sie sicherte mittelbar dem Erwerber die Ausübung der Dienstbarkeit. Bei Paul. fr. 85 § 3 de uerb. obl. 45, 1 begegnen wir folgender Fassung: per te heredemue tuum non fieri, quo minus eam agam; si aduersus ea factum sit, tantum dari? Man setze folgenden Fall. Es kauft sich jemand einen Teil eines Grundstücks, der nicht an der Straße liegt. Um einen Zugang zu diesem Grundstücke zu haben, kauft er sich außerdem von A, dessen Grundstück zwischen seinem und der nächsten Straße liegt, eine Wegegerechtigkeit. Nun muß es doch Mittel gegeben haben, einem solchen Käufer die Ausübung der Wegegerechtigkeit zu sichern, denn sonst kann ihm ja der ganze Grundstückskauf nichts helfen. Er hat freilich eine Kaufklage, die führt aber nur zu einem Urteil auf Geld. Eine mancipatio oder in iure cessio der Dienstbarkeit würde ihm verschafft haben die actio confessoria. Damit kommt er auch noch nicht weiter. Denn diese hat in Fällen dieser Art keinen Restitutionsbefehl: Lenel, Ed.² S. 188. Ein Restitutionsbefehl wäre erzwingbar gewesen: Rechtsgel. Gaj. S. 253. Die hier in Frage stehende actio confessoria mündet aber gleichfalls sofort in ein Geldurteil aus.

Bei unserem Versprechen steht freilich ebenfalls Geld in Frage, aber hier hat die Sache doch einen ganz anderen Anstrich. Wenn der Berechtigte an Ausübung der Dienstbarkeit verhindert wird, ist die Strafe verwirkt. Es hängt ganz vom Belieben des Berechtigten ab, diesen Versuch, so oft er will, zu wiederholen. Jede neue Verhinderung begründet eine neue Strafforderung. Da hätte doch der Verpflichtete wahrlich seltsamen Sinnes sein müssen, wenn er nicht lieber die Ausübung der Wegegerechtigkeit gestattet hätte, statt sich fortwährend zum Geldauspressen benutzen zu lassen.

3. Die Stipulation als Begleiterin einer gekauften, also einer geschuldeten Dienstbarkeit tritt uns entgegen bei Pomp. fr. 3 § 2 de act. empti uend. 19, 1: Si iter actum uiam aquae ductum per tuum fundum emero, uacuae posses-

sionis traditio nulla est; itaque cauere debes per te non fieri quo minus utar. Sie zeigt sich hier ganz in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung. Dagegen soll ungültig sein uacuae possessionis traditio.

Ein verwandter Ausspruch findet sich bei Iauolenus fr. 20 de seru. 8, 1: Quotiens uia aut aliquid ius fundi emeretur, cauendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris uacua traditio esset. Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta ueluti possessoria constituta sunt.

Es scheint der Versuch gemacht zu sein, die Einräumung leeren Besitzes zur Bestellung von Dienstbarkeiten zu benutzen. Dagegen erklären sich Labeo und Pomponius.

Die uacuae possessionis traditio ist auseinanderzuhalten von der Volltradition. Sie bildet nur die eine Seite der Volltradition. Die Volltradition setzt sich zusammen aus Aufgabe und Erwerb des Besitzes. Der Erwerb vollzieht sich bei Grundstücken, sowie der Erwerbensollende das Grundstück mit seinen Füßen betritt. Der Verlust knüpft dagegen an die Einräumung an, wenn er auch zunächst nur noch ein bedingter ist. Vgl. Vac. poss. S. 306; Bechmann, Kauf, Bd. 3 Abt. 1 S. 20.

An sich liegt der Gedanke gar nicht ferne: wie es dem Käufer eines Grundstückes gestattet werden kann, durch Betreten des Grundstückes Besitz zu erwerben, so auch dem Käufer einer Grunddienstbarkeit, z. B. eines Weges zu gestatten, durch dessen Betreten Besitz zu erwerben.

Labeo und Pomponius wollen hiervon freilich nichts wissen; und für Gajus scheint dasselbe aus dem von ihm II, 28 aufgestellten allgemeinen Satze zu folgen; vgl. aber daneben Gai. fr. 3 pr. de usu fructu 7, 1 und dazu unten Erkl. 22 unter 2. Und ganz ablehnend hat sich das römische Recht hier schließlich doch nicht verhalten.

21. Fortsetzung. Traditio, usus, patientia.

Der Stellen, die sich mit der Tradition einer Dienstbarkeit befassen, gibt es nicht allzuviele. Hugo Krüger, Die prät. Servitut. S. 39 hat im ganzen nicht mehr als 11 zusammengetragen[1]).

Davon kommt in Wegfall das bereits von Hugo Krüger mit einem Fragezeichen versehene fr. 57 sol. matr. 24, 3 des Marcell. Es handelt sich hier um Veräußerung einer bereits bestellten Dienstbarkeit, eines Nießbrauches, nicht um Neubestellung. Es ist dies überhaupt eine schwierige, von den Kompilatoren arg mißhandelte Stelle. Ich habe mich mit derselben eingehend beschäftigt: Mora, Bd. 2 S. 155—169.

In ähnlicher Weise verhält es sich mit Gai. fr. 29 de usu 33, 2.

Bei Afric. fr. 32 de seru. pr. rust. 8, 3 = Lenel 64 ist tradidisti für mancipio dedisti gesetzt worden. Vgl. auch Hugo Krüger S. 10.

Bei Ulpian fr. 1 pr. quib. mod. usus 7, 4 und fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2 dürfte traditus, tradito neben usus fructus, usu fructu ebenfalls auf Interpolation beruhen. Beide Stellen werden mich später noch besonders beschäftigen müssen.

Die Entwicklung ist eine verschiedene gewesen bei den persönlichen Dienstbarkeiten und den Grunddienstbarkeiten.

Für die Grunddienstbarkeiten kommen in Betracht Iauolenus fr. 20 de seru. 8, 1; Ulp. fr. 1 § 2 de seru. pr. rust. 8, 3; fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2.

Als persönliche Dienstbarkeit erscheint fast nur der Nießbrauch. Eine besondere Berücksichtigung verlangt der auf Vermächtnis beruhende. Von ihm handeln Iul. fr. 3 si us. fr. pet. 7, 6; Gai. fr. 3 pr. de usu fructu 7, 1; Ulp. fr. 25 § 7 ebenda; Ulp. fr. 3 § 8 de itinere 43, 19.

---

1) Die Schrift 'La protezione pretoria delle seruitù romane', estratto dal periodico 'Il Filangieri' nn. 3—4, 1912, von Em. Albertario, ist mir erst zugegangen bei Durchsicht dieses Druckbogens.

Daneben werde ich erörtern müssen die beiden Stellen mit dem traditus usus fructus bezw. tradito usu fructu.

Nur ein einziges Mal begegnen wir neben usus fructus dem usus, nämlich in fr. 3 § 8 de itinere 43, 19.

1. Iauolenus fr. 20 de seru. 8, 1 stellt für Grunddienstbarkeiten folgenden Satz auf: ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta ueluti possessoria constituta sunt.

Für Javolen gilt der usus als traditio. Dabei ist an Volltradition zu denken. Einerseits war der Eigentümer mit der Ausübung einverstanden, andererseits ist diese Ausübung vorgenommen.

Javolen steht demnach der von Labeo verworfenen Ansicht, rein sachlich betrachtet, gar so ferne nicht. Diejenigen, welche bei Grunddienstbarkeiten von einer Einräumung leeren Besitzes sprachen, werden sich die Sache natürlich auch so vorgestellt haben, daß von dieser Einräumung Gebrauch gemacht wurde. Javolen nimmt umgekehrt vom Gebrauche seinen Ausgang und läßt uns hinzudenken, daß der Eigentümer damit einverstanden war.

Javolen stützt seine Ansicht in der Weise, daß er die Interdikte heranzieht.

Ich habe die hier in Betracht kommenden Interdikte bereits Erkl. 17 berücksichtigt. Meines Erachtens dienten sie einstmals zum Schutze des ersessenen Rechtes und sind erst durch die lex Scribonia zu bloßen Besitzesinterdikten geworden. Ueber Aktionenschutz schweigt Javolen. Vgl. zu dieser Stelle Hugo Krüger S. 50.

Bei Ulp. fr. 1 § 2 de seru. pr. rust. 8, 3 heißt es: Traditio plane et patientia seruitutium inducet officium praetoris.

Hugo Krüger S. 50 hält Ulpian für unschlüssig. Mir ist zweifelhaft, ob Ulpian wirklich so allgemein geschrieben hat. Vielleicht beschränkte sich Ulpian ebenso wie Javolen auf Interdiktenschutz. Diese Beschränkung paßte aber den Kompilatoren nicht.

Einen ähnlichen Eindruck macht auf mich Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6. 2: Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque seruitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis uel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

So wie die Stelle überliefert, müssen wir annehmen, daß die Publiciana nicht bloß beim tradierten Nießbrauch, sondern auch bei ausgeübten Grunddienstbarkeiten Platz gegriffen hätte. Es ist aber doch merkwürdig, daß die Publiciana zu Anfang gleich mit dem Nießbrauch in Verbindung gebracht wird, während wir statt dessen bei den Grunddienstbarkeiten am Schlusse einer allgemeinen Wendung begegnen: nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Es taucht der Verdacht auf, daß Ulpian die Publiciana noch gar nicht bei Grunddienstbarkeiten für anwendbar hielt. Nach Hugo Krüger S. 57 soll die Publiciana für Ulpian überhaupt nicht zu retten sein. Was die Grunddienstbarkeiten anbetrifft, so bleiben als Schutzmittel des klassischen Rechtes nur übrig die Interdikte, anders dürfte es sich aber mit dem Nießbrauche verhalten.

2. Beim Nießbrauch ist dann wieder zu unterscheiden: ob die Tradition sich anlehnt einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder ob ein Nießbrauchsvermächtnis vorliegt. Ich beschränke mich zunächst auf den ersteren Fall.

Wir haben uns hier mit zwei Ulpianschen Stellen zu beschäftigen: dem teilweise soeben erörterten fr. 11 § 1 de Publ. und außerdem mit fr. 1 pr. quib. mod. us. 7, 4.

Die letztere Stelle ist uns, wenngleich verstümmelt, in ihrer ursprünglichen Gestalt erhalten als uat. fr. 61. Es handelt sich um die Wirkung der capitis minutio. Durch dieselbe gehe nicht nur der Nießbrauch, sondern auch die actio de usu fructu verloren. Es komme nichts darauf an: utrum iure sit constitutus usus fructus an uero tuitione praetoris. Aehnlich heißt es bei Ulp. fr. 9 § 1 usufructuarius

quemadmodum 7, 9: siue iure ipso quis usum fructum habet siue etiam per tuitionem praetoris. Diese tuitio kann man sich einmal so vorstellen, daß der Prätor beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen schützend eingreift. Aber der constitutus usus fructus tuitione praetoris dürfte vielmehr eine andere Auffassung als die näher liegende erscheinen lassen: der Nießbrauch ist begründet durch ein Einsehen, Eingreifen des Prätors. Das würde hinweisen auf eine Mitwirkung bei der Bestellung. Einer solchen praetoris tuitio begegnen wir z. B. bei Ulp. fr. 1 § 5 quod falso 27, 6; sie besteht in einem praetor decreuit ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est.

Dazu will nun freilich nicht recht passen, wenn es in unserer Digestenstelle weiter heißt: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo uectigali uel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.

Demgegenüber ist indes hervorzuheben, worauf schon Hugo Krüger S. 39 aufmerksam gemacht hat, daß in uat. fr. das Wort traditus zu fehlen scheint. Es wird also interpoliert sein.

Ferner ersehen wir aus uat. fr., daß Ulpian von einem fundus stipendiarius handelte.

Mommsen hat hier den Satz proinde . . amittitur in folgender Weise wiederhergestellt: proinde ⟨usus fructus⟩ licet in fundo stipendi(ario uel tributario), item in fundo uectigali uel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur. Und ich glaube, Mommsen hat das Richtige getroffen.

Demnach wäre ein Satz gefunden, dem nicht bloß für Provinzialgrundstücke, sondern auch für den fundus uectigalis wie die superficies Bedeutung zukäme. Dieser Satz würde lauten: soll an einem Provinzialgrundstücke, einem fundus uectigalis, einer superficies ein Nießbrauch bestellt werden, so bedarf es der Mitwirkung des Prätors. Mit dem Prätor auf gleiche Stufe zu stellen ist der Provinzialstatthalter.

Ich beschränke mich hier auf die Provinzialgrundstücke. Daß an denselben durch einfache Tradition die Bestellung eines Nießbrauches möglich sei, verwerfen noch im Jahre 286 die Kaiser Diocletian und Maximian. So verstehe ich wenigstens uat. fr. 283: usum fructum a proprietate alienare non potuisti.

Wesentlich anders erklärt die Stelle L. Michon, Nouv. Rev. 35 année 1911 pag. 553: le donateur n'a pu séparer l'usufruit de la propriété, parce que, quand il a consenti cet usufruit, il n'avait plus la propriété et ne l'avait pas encore recouvrée.

Vgl. im übrigen zu dieser Stelle Jhering, Jahrb., Bd. 10 S. 577; Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 92 flg.; Mitteis, R. Pr. Bd. 1 S. 164 Anm. 47, S. 192 Anm. 88.

Nach diesen Vorbereitungen dürfte Licht fallen auf den ersten Satz bei Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2: Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur. Das tradito ist hier so gut interpoliert wie das traditus bei Ulp. fr. 1 pr. quib. mod. 7, 4. Ulpian wird etwa geschrieben haben: Si de usu fructu in fundo stipendiario non iure sed tuitione praetoris constituto agatur, Publiciana datur.

Die Publiciana halte ich.

Bereits Rtsgel. Gaj. S. 261 bemerkte ich, daß in fr. 8 D. 6, 2 auf Gajus Vorstellungen seiner Provinz eingewirkt haben könnten. Man begriff dort vielleicht nicht, warum bloß ein verloren gegangener Usukapionsbesitz durch dingliche Klage geschützt sein solle; man fing vielmehr an, den gewesenen Besitz als solchen ins Auge zu fassen. Für die Haupt-Publiciana begnügte man sich damit, den Ersitzungsbesitz der Rechtsneuerung anzupassen, die sich in der Provinz Geltung verschafft hatte.

Es bleibt aber noch übrig das weite Gebiet der Provinzialgrundstücke. Hier hat sich in der Tat eine Publiciana zum Schutze des früheren gutgläubigen Besitzes entwickelt, wie ich entnehmen möchte dem interpolierten Paul. fr. 12 § 2 de Publ. 6, 2. Siehe darüber Erkl. 7 unter 2.

Dieser Stelle entspricht Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6. 2, wo eine Publiciana gewährt wird de usu fructu tuitione praetoris constituto, ohne daß von Usukapionsbesitz die Rede sein könnte, also vermutlich ebenfalls zum Schutze eines früheren gutgläubigen Besitzes. Vgl. Bas. 15, 2 cap. 11 § 1 schol. Steph. 10.

Die tuitio praetoris ist im Justinianschen Rechte durch einfache Tradition ersetzt worden. Das läßt folgende Entwicklung vermuten. In der klassischen Zeit wird der Prätor eine Tradition, die an sich nichts bedeutete, bestätigt haben; später hat sich dann die Bestätigung verloren, und die Tradition ist allein übriggeblieben.

22. Fortsetzung. Das Nießbrauchsvermächtnis.

Der Satz usum fructum a proprietate alienari non posse beschränkt sich auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Es wäre möglich, daß beim Vermächtnis eine besondere Entwicklung Platz gegriffen hätte. Um so mehr, als der Ursprung des Nießbrauches überhaupt beim Vermächtnis zu suchen ist, worauf ich gleich, Erkl. 23, zu sprechen komme. Auch wird ausdrücklich ein ius legati in zwei Stellen dem Rechtsgeschäfte unter Lebenden gegenübergestellt: Gai. fr. 3 pr.; Ulp. fr. 25 § 7 D. 7, 1. Einen anderen Gegensatz bildet legati iure bei Gai. fr. 29 de usu 33, 2.

1. Zunächst entsteht die Frage: wo sollen wir diesen Nießbrauch unterbringen? Die Frage ist gar nicht so einfach, da wir doch jedenfalls von der körperlichen Sache unsern Ausgang nehmen müssen.

Gegenstand des Vindikationslegates bildet nur das quiritische Eigentum, und zwar kommen für dasselbe nach II, 196 zwei Zeitpunkte in Betracht: der Augenblick der Testamentserrichtung wie der des Todes. Beim Nießbrauch handelt es sich aber um Sachen, die künftig erst erworben werden sollen.

Noch weniger paßt das Damnationslegat. Dasselbe beschränkte sich ursprünglich, wie uns III, 175 die imaginaria

solutio per aes et libram an die Hand gibt, auf dasjenige, quod pondere numero constet, et ita, si certum sit. Damit haben wir Sachen, die der eigentliche Nießbrauch im allgemeinen verschmäht, zudem ist der künftige Fruchtgenuß ein incertum.

Das Präzeptionslegat beschränkte sich naturgemäß auf Sachen, die sich im Nachlasse befanden.

So bliebe denn als einzige mögliche Form allein das legatum sinendi modo übrig.

Ich habe schon früher darauf hingewiesen, daß man sich in Rom beim Vermächtnis eines Nießbrauches gern des legatum sinendi modo bediente: Mora, Bd. 2 S. 44. 186. 328. An Stellen dieser Art wären etwa zu vergleichen Celsus fr. 14 de usu 33, 2; Pomp. fr. 2 de ann. leg. 33, 1; Ulp. uat. fr. 85. Anderswo legt der Sachverhalt die Annahme eines legatum sinendi modo nahe: z. B. bei Iauolen. fr. 30 § 1 de usu 33, 2.

Es ist noch immer eine offene Frage: welchem ökonomischen Zwecke das legatum sinendi modo von Haus aus gedient haben möge. Ich glaube, wir können es getrost zum Nießbrauch in Beziehung setzen. Später hat man hier allerdings auch das Damnationslegat und Vindikationslegat zugelassen: Ulp. uat. fr. 83. 85. 86. 87; Paul. uat. fr. 47. 57.

Das älteste Nießbrauchsvermächtnis hätten wir uns demnach in folgender Gestalt vorzustellen: Heres meus damnas esto sinere L. Titium uti frui fundo Corneliano.

Nun aber erzeugte ein solches Vermächtnis lediglich eine persönliche Verpflichtung. Es ist vielleicht gleichzeitig das älteste Legat, das auf ein facere gerichtet war. Der Nießbrauch entstand erst durch Erfüllung dieser Verpflichtung. Und dieses sinere ist hinwieder nichts anderes als die patientia, die als traditio aufgefaßt wurde. So hätten wir denn im Nießbrauchvermächtnis den ältesten Fall zu erblicken, wo durch Tradition eine Dienstbarkeit begründet werden konnte.

Und hier scheint die Traditio einen vollwertigen Nieß-

brauch geschaffen zu haben. Das könnte in Verbindung stehen mit dem Satze der Zwölftafeln V, 3: Uti legassit super pecunia . . ita ius esto.

2. Ich will jetzt noch auf die vier in Betracht kommenden Stellen etwas näher eingehen.

a) Julian fr. 3 si us. fr. pet. 7, 6 hat vor Augen einen usum fructum traditum ex causa fideicommissi. Das Fideikommiß erzeugte eine actio ad restituendum, die auf dem Wege der extraordinaria cognitio zur Geltung gelangte. Das restituere wurde nötigenfalls erzwungen: Rtsg. Gaj. S. 267. Damit hätten wir dann schon die Bestellung der Dienstbarkeit durch Tradition. Unnötige Schwierigkeit macht sich meines Erachtens mit dieser Stelle Hugo Krüger S. 51.

b) Bemerkenswert ist für uns vor allen Dingen Gai. lib. sec. rer. cott. fr. 3 pr. de usu fructu 7, 1 = Lenel n. 494. Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usum fructum. Dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumue patiatur uti frui. Et sine testamento autem si quis uelit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

An Omnium hat schon Zimmern, Arch.Ziv.Prax., Bd. 7 S. 330 Anm. 57 Anstoß genommen und Hasse, Rhein. Mus., Bd. 1 S. 110 es durch Prouincialium ersetzt.

Wir haben es hier zu tun mit dem Nießbrauch an Provinzialgrundstücken. Das iure legati wie constitui, welches Lenel verdächtigt, ist meines Erachtens zu halten.

Das iure legati bildet einen Gegensatz zum sine testamento, zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden, die angewiesen sind auf die pactiones et stipulationes.

Beim letztwillig angeordneten Nießbrauch bedarf es zunächst eines Legats. Gajus nimmt seinen Ausgang vom Damnationslegat in der Fassung heredem meum dare iubeo. Diese Fassung wird noch nicht erwähnt II, 201; Ulpian 24, 4 bringt sie; epit. II, 5 § 2 heißt es: illud illi ab herede

meo dari iubeo. Daß Gajus diese Fassung in seiner Provinz schon vorfand, beweist unsere Stelle. Die Institutionen sind hier wiederum hinter der Rechtsentwicklung zurückgeblieben.

Aber mit diesem Damnationslegat beim Nießbrauch muß Gajus sich erst auseinandersetzen. Die ursprüngliche Form kann es also nicht gewesen sein. In dieser Beziehung fällt auf, daß der mit ut heres iubeatur anhebende Satz gar keine richtige Folgerung aus dem voraufgehenden ist; vor ut wird Verschiedenes gestrichen sein.

Das Damnationslegat sucht Gajus zu halten. Das dare sei so zu verstehen: si induxerit in fundum legatarium eumue patiatur uti frui. Damit hätten wir dann die Tradition.

In seinen Institutionen II, 28 verkündet Gajus allerdings feierlichst: Incorporales traditionem non recipere manifestum est. Also wohl ein Widerspruch.

An einem solchen Widerspruch Anstoß zu nehmen, hätte man kaum nötig: vgl. Hugo Krüger S. 106. Indessen könnte Gajus hier auch von einer anderen Vorstellung geleitet worden sein, die uns II, 203 entgegentritt.

Außerdem käme weiter in Betracht IV, 139, wo Gajus den Satz mit der quasi possessio erst nachgetragen zu haben scheint.

Es bleibt noch zu erläutern das potest constitui neben dem iure legati. Nach Provinzialrecht entstand also beim Vorhandensein eines Damnationslegates schon durch bloße patientia ein vollgültiger Nießbrauch. Auch nach dieser Richtung hin hat demnach das Provinzialrecht der Justinianschen Gesetzgebung vorgearbeitet und den Sieg davongetragen: vgl. Der Rtsg. Gaj. S. 308.

c) Bei Ulpian fr. 25 § 7 de usu fructu 7, 1 heißt es: quotiens iure legati usus fructus sit constitutus, an et si per traditionem uel stipulationem uel alium quemcumque modum.

Das iure legati mag von Ulpian auf das Vindikations-

und Damnationslegat mitbezogen sein — wenn er überhaupt so allgemein geschrieben haben sollte — jedenfalls ist das legatum sinendi modo nicht auszuschalten. Hier erfolgte die Erfüllung durch Tradition. Mithin bildet das folgende traditionem gar keinen richtigen Gegensatz zum iure legati. Vielleicht schrieb Ulpian praetoris tuitionem statt traditionem. Jedenfalls ist legati neben iure nicht mit Lenel 2587 zu streichen.

d) Die letzte Stelle ist Ulp. fr. 3 § 8 de itinere 43, 19: Sed et si quis usum fructum emit uel usum uel cui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit.

Hier haben wir wiederum die Tradition, welche sich an ein Vermächtnis anlehnt, wobei wir an das Legat per damnationem bezw. sinendi modo zu denken haben.

So wie die Stelle überliefert, ist das traditus mit auf emit zu beziehen. Es fällt aber auf, daß wir zu dem Satze uel cui . . traditus das Subjekt usus fructus uel usus hinzudenken müssen. Der Gegensatz zwischen Legat und Rechtsgeschäften unter Lebenden wird hier gestrichen sein. Wir haben zwischen usum und uel etwa einzufügen: et usus fructus uel usus praetoris tuitione constitutus.

3. Der Vorbehalt des Nießbrauches bei der Tradition hat mich bereits Erkl. 8 unter 6e beschäftigt.

23. Fortsetzung. Der Nießbrauchsbegriff in seiner Entwicklung.

Der Nießbrauch ist kein uraltes Rechtsgebilde: Elvers, Servitutenlehre, S. 16 flg.; M. Voigt, Servituten, S. 45 flg.; Karlowa, Röm. Rtsgesch., Bd. 2 S. 533 flg.; Girard-v. Mayr, Gesch. u. Syst., S. 393. Dem Brutus, der um die Mitte des zweiten Jahrhunderts v. Chr. lebte, war freilich der Nießbrauch an einer Sklavin schon bekannt: Ulp. fr. 68 pr. de usu fr. 7, 1; Cic. de finibus 1, 4 § 12.

1. Die Verpflichtungen des Nießbrauchers dem Eigentümer gegenüber beruhten vor allem auf einem in Stipulations-

form abgegebenen Versprechen, dem regelmäßig Bürgen hinzutreten mußten. Das Edikt des Prätors berücksichtigt nur den auf Vermächtnis beruhenden Nießbrauch: Lenel, Ed.[2] S. 355 flg. 513 flg.

2. Dieser Umstand legt den Gedanken nahe, daß ein Nießbrauch ursprünglich nur durch Vermächtnis begründet werden konnte. Dafür spricht ferner, daß das Senatusconsultum, welches der Ausdehnung des Nießbrauches auf verbrauchbare Sachen den Weg bahnte, bloß von dem Legat eines Nießbrauches redet. Ulp. fr. 1 de usu fructu earum rerum 7, 5: Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit. Paul. fr. 1 de usu et usu fr. leg. 33, 2: ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit.

Dabei sehe ich allerdings ab von dem Vorbehalte des Nießbrauches bei der Manzipation, wo wir noch kein selbständiges, auf Begründung eines Nießbrauches gerichtetes Geschäft vor uns haben.

3. Anlangend die Gegenstände vermutet Karlowa a. a. O. S. 540: ‘daß . . der usus fructus bei seinem ersten Aufkommen . . etwa nur am Feldland mit seinen Sklaven und Tieren oder gar nur an Feldgrundstücken möglich gewesen ist’. Diese Ansicht von Karlowa scheint mir eine Stütze zu gewinnen durch II, 32. Denn wenn hiernach ein Nießbrauch, abgesehen von den Grundstücken, bestellt werden kann auch an Sklaven und sonstigen Tieren, so läßt dieser Umstand die Deutung als eine ganz natürliche erscheinen: außer an Grundstücken gab es einstmals nur noch einen Nießbrauch an Sklaven und Tieren, an sonstigen beweglichen Sachen war der Nießbrauch ausgeschlossen.

4. Auf diese Weise fällt gleichzeitig neues Licht auf das Senatusconsult, auf dessen Grundlage sich später der Quasinießbrauch entwickelt hat. Dieses Senatusconsult bestimmte nur, daß an allen Sachen, die jemand in seinem Vermögen habe, ein Nießbrauch vermacht werden könne. Das bedeutet

zunächst: nicht bloß an Grundstücken, Sklaven und Tieren, auch an sonstigen Sachen kann ein Nießbrauch vermacht werden.

5. Man pflegt die Entstehung dieses Senatusconsultes nach Cicero anzunehmen.

Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch, S. 9 läßt es gegeben werden 'nicht vor Cicero und nicht nach Tiber'. Aus der Regierungszeit des Tiberius soll es stammen nach G. Renard, siehe Kalb, Jahresbericht für 1896—1900, S. 77/78. Girard-v. Mayr, S. 395 setzt den Senatsbeschluß unter Augustus oder Tiberius.

Es handelt sich vorzugsweise um die Erklärung von Cic. top. 3 § 17: 'Ex contrario autem sic: non debet ea mulier, cui uir bonorum suorum usum fructum legauit, cellis uinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est. Ea sunt inter se contraria.

Puchta, Rhein. Museum, Bd. 3 S. 82 flg. hat aus dieser Stelle gefolgert, daß sie die Möglichkeit eines Ususfruktus an verbrauchbaren Sachen voraussetze. So weit gehe ich nicht. Aber meines Erachtens wird die Gültigkeit eines Nießbrauchsvermächtnisses am ganzen Vermögen bereits vorausgesetzt. Mithin ist das betreffende Senatusconsultum älter als Ciceros Topik. Diese Topik wurde von Cicero im Jahre 710/44 auf der Reise aus dem Gedächtnis niedergeschrieben.

Die Stelle liefert ein Beispiel für die Beweisführung aus dem Gegenteil. Ein Ehemann hat seiner Frau den Nießbrauch an seinem Vermögen vermacht. Er hat gefüllte Wein- und Oelkammern hinterlassen. Erstreckt sich auch hierauf der Nießbrauch? Darf die Frau glauben, daß dieser Wein und dieses Oel ihr gehöre? Cicero verneint die Frage. Ein usus fructus umfasse den usus, d. h. den Gebrauch, nicht den abusus, d. h. den Verbrauch. Da nun Gebrauch und Verbrauch Gegensätze sind, so kann ein Nießbrauch sich auf verbrauchbare Sachen nicht erstrecken. Cicero beschränkt demnach den Nießbrauch am gesamten Vermögen auf diejenigen Dinge, an denen ein Nieß-

brauch möglich. Und gegen die Richtigkeit dieser Beweisführung vom Standpunkte der Logik aus läßt sich nichts einwenden.

6. Eine andere Frage ist, ob eine solche Auslegung dem Willen des Testators gerecht wurde. Man sann auf Mittel, den wirtschaftlichen Zweck des Nießbrauches auch bei verbrauchbaren Sachen zu erreichen. Der Nießbraucher sollte Eigentümer werden, aber die Rückgabe gleich guter Sachen bezw. deren Wert nach Beendigung des Nießbrauches versprechen.

Erst durch dieses Mittel ist der Quasinießbrauch ins Leben gerufen. Gai. fr. 2 § 1 de usu fructu ear. rer. 7, 5: sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi. Und dieses Mittel wird von Gajus fr. 7 ebenda genauer geschildert. Gajus sagt nicht, daß dieses Mittel schon durch das Senatusconsultum selber eingeführt sei. Und das wird nicht geschehen sein, denn dann wäre die Entscheidung Ciceros geradezu unbegreiflich.

Allerdings fehlt es nicht an Stellen, welche die Sache so darzustellen scheinen, als ob das Mittel auf dem Senatusconsulte selber beruhe. Nicht notwendig ist schon so zu verstehen Pap. fr. 24 de usu et usu fr. leg. 33, 2: post impletam ex senatus consulto cautionem. Auch nicht c. 1 de usu fructu 3, 33 vom Jahre 199: oblata secundum formam senatus consulti cautione. Aber ganz bestimmt spricht I. I. II, 4 § 2 de usu fructu: senatus . . per cautionem quasi usum fructum constituit. Indessen solche Stellen liefern nicht notwendig einen Gegenbeweis. Denn es war römische Gepflogenheit, auf ein Gesetz auch das zurückzuführen, was sich erst in Anlehnung an ein Gesetz entwickelt hatte. Vgl. z. B. die tutela legitima bei Gai. I, 165.

7. Es gab also einmal eine Zeit, wo der Nießbrauch sich beschränkte auf Grundstücke, Sklaven und Vieh. Ein Senatusconsultum, erlassen vor 710/44, dehnte den Nießbrauch auf alle Sachen aus. Das wurde zunächst so gedeutet: an Sachen, an denen überhaupt ein Nießbrauch möglich. Später entwickelte

sich aber in Anlehnung an dieses Senatusconsultum der Quasinießbrauch an verbrauchbaren Sachen.

Die Entwicklung, die hier in Frage steht, würden wir vermutlich noch deutlicher übersehen, wenn Ulp. fr. 5 § 1 de usu fr. ear. rer. 7, 5 = Lenel n. 2591 in unverfälschtem Zustande überliefert wäre. Hier scheint alles, was auf die cautio Bezug hat, erst hineininterpoliert zu sein. Vgl. zu dieser Stelle Gradenwitz, Interpolationen, S. 27 flg.; Kalb, Jahresbericht für 1891/95, S. 266, und Jahresbericht für 1896/1900, S. 66—68; Pernice, Labeo 2² S. 104 Anm. 3.

8. Durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden konnte ein Nießbrauch ursprünglich nicht bestellt werden. Man gestattete indes einen Vorbehalt des Nießbrauches bei der Manzipation: II, 33. Bei der Tradition war ein solcher Vorbehalt zunächst nicht möglich: fr. Vat. 47 a. Vgl. dazu Erkl. 8 unter 6 e.

Der Vorbehalt des Nießbrauches bei der Manzipation könnte sogar älter sein als das Nießbrauchsvermächtnis. Bei dieser Annahme würde sich in ganz natürlicher Weise erklären die Beschränkung des Nießbrauches auf Grundstücke, Sklaven und Tiere.

Das Nießbrauchsvermächtnis wird aber das älteste selbständige Geschäft gewesen sein, welches der Begründung eines Nießbrauches diente. Und damit war gleichzeitig dem Gedanken die Bahn geebnet, daß auch eine Bestellung des Nießbrauches durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden geradeswegs zu erreichen sein müsse. Man gestattete demgemäß die in iure cessio: II, 30; Ulp. 19, 11; fr. Vat. 45. Später wird ein Vorbehalt des Nießbrauches bei der in iure cessio des Eigentums ebenfalls möglich: fr. Vat. 47.

Bei Provinzialgrundstücken ist die in iure cessio ausgeschlossen. An ihnen ist aber ebenfalls Bestellung eines Nießbrauches zugelassen. Die Bestellung erfolgt pactionibus et stipulationibus, mögen Römer oder Peregrinen in Frage stehen: II, 31.

Bei anderen Sachen als Grundstücken ist auch in den Provinzen in iure cessio zulässig. Sie beschränkt sich freilich auf römische Bürger. Demnach kann dieselbe unter Römern ebenfalls benutzt werden, um an diesen anderen Sachen einen Nießbrauch zu bestellen: II, 32.

9. Nach Justinianschem Recht geschieht die Bestellung des Nießbrauches, abgesehen von der letztwilligen Verfügung, pactionibus et stipulationibus. I. I. II, 4 § 1 de usu fr.: sine testamento uero si quis uelit alii usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

Ein anderes Rechtsgeschäft gibt es demnach gar nicht, mittels dessen dies zu erreichen wäre. Insonderheit entsteht durch gestattete Ausübung kein vollwirksamer Nießbrauch, den Betreffenden schützte indes die Publiciana.

Anders vermag ich nicht zu verstehen Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2: Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur.

Die Stelle ist freilich interpoliert und beweist nur für das Justiniansche Recht. Hier beschränkt sich der Satz aber gar nicht auf den Nießbrauch, sondern ergreift auch die seruitutes urbanorum praediorum wie rusticorum.

Wir haben es demnach mit einer Klage zu tun, der ein weites Anwendungsgebiet zukam.

Rätselhaft erscheint freilich diese Publiciana insofern, als es an einem Usukapionsbesitze vollständig fehlt: vgl. Girard-v. Mayr S. 413 Anm. 1. Es wird nur der gewesene Besitz geschützt.

In dieser Beziehung habe ich bereits Rtsgel. Gaj. S. 257 flg. bei Erklärung von Gai. ad ed. prou. fr. 8 de Publ. 6, 2 auf eine eigentümliche Weiterbildung der Haupt-Publiciana aufmerksam gemacht.

Der Prätor ist davon ausgegangen, daß Usukapionsbesitz ein Erfordernis der Publiciana sei. Die usucapio pro emptore war nach klassischem Rechte abhängig von der erfolgten Preiszahlung. Auf dem Gebiete des Provinzialrechtes fing man

indessen an, den gewesenen Besitz als solchen ins Auge zu fassen, indem man das Erfordernis der Preiszahlung beim Titel pro emptore beseitigte.

Bei der Haupt-Publiciana ist dann freilich eine Ausgleichung in der Weise erfolgt, daß man den Ersitzungsbesitz wieder der Rechtsneuerung anzupassen bemüht war, die sich in der Provinz bei der Publiciana Geltung verschafft hatte. Man sah auch beim Ersitzungsbesitze ab von dem Erfordernis einer geschehenen Zahlung.

Bei Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2 stoßen wir nun wiederum auf eine Publiciana, wo von Ersitzungsbesitz keine Rede sein kann. Diese Neben-Publiciana dient zum Schutze der Dienstbarkeiten, eine Voraussetzung ist lediglich die gestattete Ausübung.

Auch diese Publiciana wird sich auf dem Gebiete des Provinzialrechts entwickelt haben. Dafür spricht, daß der usus-fructus in fundo stipendiario uel tributario non iure constitutus bei Ulp. uat. fr. 61 in fr. 1 pr. quib. mod. 7, 4 hat weichen müssen einem traditus usus fructus. Ebenso wird es sich vermutlich verhalten haben mit unserm fr. 11 § 1 de Publ.

Das Provinzialrecht ist später hier Reichsrecht geworden.

Nach Justinianschem Recht haben wir zu unterscheiden zwischen der pactionibus et stipulationibus bestellten Dienstbarkeit und der gestatteten Ausübung. Derjenige, dem eine Dienstbarkeit bestellt worden, hat die confessoria, daneben die Publiciana, wenn die Ausübung hinzukam. Aber auch derjenige, dem bloß die Ausübung gestattet wurde, kann sich der Publiciana bedienen.

Diesen Rechtszustand bestätigen Bas. 15, 2 cap. 11 schol. 10 Steph. Τοῦτο γὰρ δίδωσι χώραν τῇ Πουβλικιανῇ τὸ κατὰ τραδιτίονα παρακεχωρῆσθαι τὸν οὐσοὐφρουκτον. Zachariä übersetzt: quod usus fructus per traditionem constitutus est. Das ist nicht genau. Das τὸ κατὰ τραδίτιονα παρακεχωρῆσθαι ist vielmehr ein Ueberlassenhaben gemäß der

Tradition, also ein pati. Einen Gegensatz dazu bildet der gleich folgende Satz: κυρίως (iure) μὲν γὰρ οὐσούφρουκτος διὰ ληγάτων καὶ πάκτων στιπουλατιόνων συνίσταται. Es war eine Streitfrage: ob die Publiciana nur stattfand, wenn der Eigentümer die Ausübung erlaubt hatte; oder auch dann, wenn dies vom Nichteigentümer geschehen war. Die erstere Ansicht vertrat Stephanus, die letztere Theophilus.

Mit Recht bemerkt Hugo Krüger: diese Publiciana passe nicht in das klassische Recht hinein. Ob sie aber darum interpoliert? Ulpian hatte Provinzialgrundstücke vor Augen. Schon auf Gajus in fr. 8 de Publ. 6, 2 werden die Vorstellungen in seiner Provinz eingewirkt haben.

10. Was den Besitz des Nießbrauchers anbetrifft, so wären folgende Punkte hervorzuheben.

Ursprünglich war der Nießbraucher Alleinbesitzer. So verstehe ich Cic. pro Caecina 32, 94: Caesenniam possedisse propter usum fructum non negas.

Der Nießbraucher wurde einmal in gleicher Weise behandelt wie der Prekarist und Pfandgläubiger. Aber bei allen Dreien macht sich eine Entwicklung geltend, wenn auch überall eine verschiedene. Vgl. Vac. poss. S. 180 flg.

Beim Nießbrauche greift die Vorstellung Platz, daß ein Nießbrauch nicht besessen werden könne. Vgl. Besitz, S. 109 flg.

Der Prätor gewährte indes sowohl das Uti possidetis wie das Unde ui als utile interdictum. Vgl. uat. fr. 90: inde et interdictum 'uti possidetis' utile hoc nomine proponitur, ⟨item⟩ 'unde ui', quia non possidet, utile datur. Im folgenden wird das utile quod legatorum genannt sein, worauf schon Bruns in Bekker u. Muther, Jahrb. Bd. 5 S. 81 hingewiesen hat. Demgemäß wird wohl eine Lücke hinter datur anzunehmen und etwa so zu ergänzen sein: ⟨unde in eum, quia non possidet, utile quoque quod legatorum uel⟩uti tale concipiendum est.

Wegen des interdictum uti possidetis utile vgl. Lenel, Ed.² S. 457. Das unde ui utile hatte nach uat. fr. 91

eine eigne Rubrik: sub titulo 'si uti frui prohibitus esse dicetur'. Vgl. dazu Lenel, Ed.[2] S. 452.

Mit beiden Interdikten beschäftigt sich Hugo Krüger S. 28 flg. 97.

24. Schluß. Ergebnisse.

Bei den Dienstbarkeiten haben wir zu unterscheiden zwischen dem stadtrömischen Recht und dem Recht der Provinzen. Ferner zwischen Grunddienstbarkeiten und persönlichen Dienstbarkeiten. Endlich zwischen Zivilrecht und prätorischem Recht.

1. Das ältere Gebilde sind die Grunddienstbarkeiten.

a) Sie entstanden nach altrömischem Recht einmal durch Ersitzung, bis die lex Scribonia diesen Entstehungsgrund beseitigte. Dadurch wurden die Interdikte, die ursprünglich ein Recht schützten, zu Besitzesinterdikten.

Das älteste Rechtsgeschäft, das man hier zur Anwendung brachte, war die Manzipation. Sie beschränkte sich auf die ländlichen Dienstbarkeiten.

Ein allgemeiner Entstehungsgrund wurde die in iure cessio.

b) Die Dienstbarkeiten an Provinzialgrundstücken entstanden pactionibus et stipulationibus.

Ob eins genügte oder beides erforderlich war? In dieser Beziehung gingen vielleicht die einzelnen Provinzialrechte auseinander.

Die pactio haben wir uns vorzustellen in verschiedenartigster Gestalt. Wir finden in fr. 25 § 7 de usu fr. 7, 1 die Zusammenstellung per stipulationem uel alium quemcunque modum, die auf Pegasus zurückgehen könnte, und wo per alium quemcunque modum der pactio entsprechen dürfte.

c) Es ist der Gedanke aufgetaucht, die Einräumung leeren Besitzes bei der Bestellung von Grunddienstbarkeiten zu verwenden. Labeo und Pomponius verwerfen ihn: fr. 20 de seru. 8, 1; fr. 3 § 2 de act. empti 19, 1. Und Gai. II, 28

betont: Incorporales traditionem non recipere manifestum est.

Sachlich dringt aber doch durch Javolen fr. 20 de seru. 8, 1: ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. Er weist dabei hin auf die interdicta ueluti possessoria.

Dem usus entspricht die patientia und beides läßt sich füglich mit traditio umfassen.

Allerdings entsteht durch Tradition keine vollwertige Dienstbarkeit; als Schutzmittel derselben dürften für das klassische Recht lediglich Besitzesinterdikte in Betracht kommen.

2. Die älteste persönliche Dienstbarkeit ist der Nießbrauch, auf den ich mich hier beschränke. Er wird in diesem Zusammenhange fast nur genannt, abgesehen von einer einmaligen Erwähnung des usus.

a) Der Ursprung des Nießbrauches ist zu suchen bei der letztwilligen Verfügung. Und zwar taucht in dieser Beziehung auf das legatum sinendi modo. Wir haben also unsern Ausgang zu nehmen von einem damnas esto sinere uti frui.

Ein Nießbrauch verlangte Innehabung der Sache, die regelmäßig durch Tradition beschafft sein wird. Hier stellte sich nun bei Rechtsgeschäften unter Lebenden der Satz in den Weg: usum fructum a proprietate alienari non posse.

Das legatum sinendi modo erzeugt nur einen persönlichen Anspruch. Die Erfüllung wird aufgefaßt als ein sinere, 'etwas geschehen lassen, dulden, gestatten'. Mit diesem sinere haben wir aber tatsächlich die Tradition. Also iure legati kann durch Tradition ein Nießbrauch bestellt werden. Und dieser Nießbrauch scheint nicht bloß an Provinzialgrundstücken, sondern überhaupt ein vollwertiger gewesen zu sein.

b) Beruhte die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauches auf einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden, so war noch im Jahre 286 eine Tradition bedeutungslos: uat. fr. 283. Aber uat. fr. 61 tritt uns entgegen ein constitutus usus fructus tuitione praetoris. Darunter verstehe ich einen

Nießbrauch, den der Prätor gut geheißen bezw. unter seinen Schutz genommen hat. Wenn also der Prätor die Tradition gestattete, so war der Nießbrauch bestellt. Allerdings genoß ein solcher Nießbrauch nur prätorischen Schutz. Derselbe wurde bewirkt, abgesehen von den Besitzesinterdikten, durch eine Publiciana eigner Art: Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2; dieselbe hatte keinen Ersitzungsbesitz, sondern lediglich früheren Besitz zu ihrer Voraussetzung.

3. Hauptstellen für das Justiniansche Recht sind I. I. II, 3 de seru. § 4 und II, 4 de usu fructu § 1.

Unter Lebenden wird die Bestellung herbeigeführt pactionibus et stipulationibus. Dies gilt sowohl für Grunddienstbarkeiten wie persönliche. Beseitigt sind in iure cessio und Manzipation.

Als Vermächtnis tritt uns sowohl das persönliche wie das dingliche entgegen. Für das persönliche werden Grunddienstbarkeiten herangezogen, als Gegenstand des dinglichen erscheint der Nießbrauch.

Der Satz usum fructum a proprietate alienari non posse ist ersetzt durch den andern: usus fructus a proprietate separationem recipit. Als Beispiele werden angeführt: si quis alicui usum fructum legauerit und si fundum legauerit deducto usu fructu.

Ueber die Tradition schweigen I. I. In dieser Beziehung sind die Interpolationen in den Pandekten zu beachten.

Im Falle einer Tradition bezw. gestatteter Ausübung beschränkte sich nach klassischem Recht bei Grunddienstbarkeiten der Schutz auf Interdikte.

Indessen aus Ulp. fr. 11 § 1 de Publ. 6, 2, in der Fassung der Pandekten, dürfte zu entnehmen sein: daß die Publiciana wegen früheren Besitzes auch bei den Grunddienstbarkeiten Platz greifen sollte. Dazu kommt die allgemeine Ausdrucksweise bei Ulp. fr. 1 § 2 de seru. pr. rust. 8, 3.

Beim Nießbrauch haben wir zu unterscheiden zwischen Vermächtnis und Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Beim persönlichen Vermächtnis erfolgt die Erfüllung durch Tradition. Hier wird ein vollwertiger Nießbrauch geschaffen.

Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden war die Tradition als solche nach klassischem Recht bedeutungslos. War aber die Tradition vom Prätor gestattet bezw. genehmigt, so entstand eine prätorisch geschützte Dienstbarkeit.

Derselben stand schützend zur Seite die Publiciana wegen früheren Besitzes. Außerdem kamen hier zur Anwendung die Interdikte uti possidetis und unde ui als utilia.

Das Justiniansche Recht faßt bei Rechtsgeschäften unter Lebenden die Tradition des Nießbrauches als solche ins Auge, ohne eine Gestattung bezw. Genehmigung von seiten eines Prätors oder sonstigen Magistrates zu verlangen. Die einfache Tradition genießt jetzt denselben Schutz wie früher die gestattete bezw. genehmigte. Weiter ist aber auch das Justiniansche Recht nicht gegangen. Ein vollwertiger Nießbrauch entsteht nur pactionibus et stipulationibus. So ist zu verstehen efficere potest bei Gai. fr. 3 pr. de usu fructu 7, 1, das I. I. II, 4 § 1 wiedergegeben wird mit efficere debet.

An Stelle der durch die lex Scribonia aufgehobenen usucapio ist später eine neue Servitutenersitzung entstanden. Ueber den Entwicklungsgang und die Voraussetzungen derselben herrscht aber viel Streit. Von einem näheren Eingehen hierauf glaube ich absehen zu können. In neuerer Zeit haben sich mit diesem Gegenstande beschäftigt Partsch, Die longi temporis praescriptio, S. 96 flg., und Hugo Krüger S. 61 flg.

25. Hereditas. II, 34.

Die hereditas als res incorporalis unterliegt ebenfalls der in iure cessio.

Die Einreihung der hereditas unter die res incorporales ist nicht uralt. Von Haus aus wurde die hereditas betrachtet als ein Haufen körperlicher Sachen. Die Forderungen und Schulden werden einmal mit dem Tode, sei es des Gläubigers, sei es

des Schuldners, erloschen sein; jedenfalls haben wir uns dieselben zunächst wegzudenken.

Von der alten Erbteilungsklage, dem arbitrium familiae erciscundae, wurden Forderungen und Schulden nicht mitumfaßt. Paul. fr. 25 § 1 fam. erc. 10, 2: cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt. Vgl. ferner Iul. fr. 51 § 1 daselbst.

Eine eigne Erbrechtsklage gab es ursprünglich nicht. Eine hereditas wurde vindiziert wie ein Grundstück, ein Gebäude. Gai. IV, 17: si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controuersia erat.

Sie war aber kein Grundstück, sondern gehörte zu den sonstigen Sachen. Daher konnte eine Erbschaft schon in einem Jahre ersessen werden. Gai. II, 54: hereditas in ceteris rebus uidebatur esse, quia soli non est.

26. Forderungen. II, 38. 39.

Forderungen können nicht in der Weise wie körperliche Sachen auf andere übertragen werden. Als Ersatz dient die Delegation. Dieselbe erscheint als Unterart der Novation. Ein besonderer animus nouandi ist von Haus aus nicht erforderlich. Die Aufhebung der alten Forderung ist selbstverständlich. Vgl. Einfluß der bedingten Novation, S. 145.

Auf Grund dieser §§ 38. 39 nimmt Salpius, Novation und Delegation, S. 352 flg. zwei Arten einer Sukzession an: Novation und Litiskontestation.

Ich glaube aber nicht, daß man dem Begriffe Novation gerecht wird, indem man ihn der Sukzession unterordnet. Insonderheit war die Delegation nur Ersatz für eine Uebertragung, Wir haben demnach zunächst den Satz: Forderungen können überhaupt nicht übertragen werden.

Diesem Satze des § 38 ist eine ganz andere Gegenüberstellung im § 39 angereiht: die des tuo nomine und alieno nomine agere. Das läßt auf spätere Einfügung schließen, die vermutlich auf Gajus zurückgeht.

Das tuo nomine agere ist doch erst eine Wirkung der Delegation. Indem man diese ins Auge faßt, gelangt man allerdings dazu, den Delegatar demjenigen gegenüberzustellen, qui alieno nomine agit, von dem es IV, 86 heißt: intentionem quidem ex persona domini sumit.

27. Usucapio. II, 40—44.

Die ältere Bezeichnung für usucapio ist usus: Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 388. Vgl. Rhet. ad Her. 4, 29 § 40: aut usu tuum fecisse. Cic. top. 4, 23: usus auctoritas fundi biennium est. Cic. pro Caec. 19 § 54: Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. Noch bei Ulp. fr. 1 § 1 ex quib. caus. 4, 6 heißt es: si quis quid usu suum fecisst.

Indem Gajus II, 40 das einheitliche Eigentum der Peregrinen dem doppelten Eigentum der Römer — dem ex iure Quiritium und in bonis esse — gegenüberstellt, leitet er § 41 über zur usucapio. Werde eine res mancipi nur tradiert, so entstehe ein in bonis esse; durch Ersitzung werde aber dazu das ius Quiritium erworben.

Die Vorlage des Gajus, und wohl schon der Grundstock, wird erst bei § 42 mit der usucapio eingesetzt haben. Gerade hier enthält die Hs. eine Lücke. Es sind dann in den §§ 43. 44 weitere Zusätze gajanischen Ursprunges hinzugekommen.

Ulp. 19, 8 bringt nicht viel mehr über die ususcapio als den Inhalt des § 42.

28. Fortsetzung. Der usucapio entzogene Sachen. II, 45—51.

Nach Zwölftafelrecht sind der usucapio entzogen:

1. gestohlene Sachen: VIII, 17;
2. Sachen, welche eine Frau ohne Mitwirkung des Agnatenvormundes tradiert hatte: V, 2;
3. das forum bustumue: X, 10;
4. intra quinque pedes: VII, 4.

Mit dem forum bustumue habe ich mich bereits näher beschäftigt Erkl. 1.

Dieser Fall sowie der Grenzrain fehlen bei Gajus.

Dagegen sind hier zunächst hinzugefügt:

1. res ui possessae;
2. prouincialia praedia;
3. liberi homines;
4. res sacrae et religiosae.

Eine vom § 48 abweichende Fassung tritt uns entgegen bei Gai. libro quarto ad ed. prou. fr. 9 de usurp. 41, 3: exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et ciuitatium, item liberis hominibus.

Die res religiosae sind durch res sanctae ersetzt, außerdem kommen hinzu res publicae populi Romani et ciuitatium.

Hinsichtlich der letzteren besteht eine Streitfrage: vgl. Vangerow, Pand., Bd. 1[7] S. 582.

Jedenfalls war die usucapio ausgeschlossen bei Provinzialgrundstücken.

Dasselbe gilt nach Paul. fr. 12 § 2 de Publ. 6, 2 von den uectigalia praedia. Dabei wird vor allen Dingen an Gemeindegrundstücke zu denken sein.

Wohl aber war anscheinend gestattet Erwerb per longum tempus: Ulp. fr. 15 § 27 de damno inf. 39, 2; Paul. 5, 2 § 4; c. 1 § 2 de praescr. longi temp. 7, 33. Vgl. Karlowa, Bd. 2 S. 1277.

Bei Ulp. fr. 15 § 27 wäre demnach per longum tempus nicht interpoliert, wie Lenel n. 1277 annimmt, dem Partsch, Longi temp. praesc., S. 110 Anm. 9 folgt. Zweifel erregt freilich andererseits, daß im voraufgehenden § 26 das einfache capere an die Stelle von usu capere getreten sein wird. Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2 S. 251 Anm. 689. Es steht uns aber hier nur ein dinglich Berechtigter, dagegen im § 27 der Eigentümer gegenüber. Beide Verhältnisse

könnten von einem verschiedenen Gesichtspunkte aus betrachtet sein.

Wie verhielt es sich mit den beweglichen Sachen eines Peregrinen? Mitteis bei Preisigke, Straßb. Papyrus, Bd. 1 S. 85 Anm. 4 nimmt jetzt an: 'daß das Mobile eines Peregrinen auch von einem Römer nicht usucapiert werden konnte'.

Mir ist die Sache äußerst zweifelhaft, da Gajus nur die prouincialia praedia ausnimmt. Hätte z. B. ein Römer, der von einem Peregrinen einen Sklaven kaufte, nicht durch Usukapion an diesem Sklaven quiritisches Eigentum erwerben können?

Den Hauptfall bildete die res furtiua. So war es denn wichtig, was unter furtum zu verstehen sei. Es bestand in alter Zeit eine Neigung, den Begriff recht weit zu fassen. Von der Ausdehnung auf Grundstücke habe ich bereits gehandelt Vac. Poss. S. 270 flg.

Im § 50 begegnen wir dem Satze: qui alienam rem uendidit et tradidit furtum committit. Bisweilen soll sich die Sache aber anders verhalten. Und als Ausnahme wird uns vorgeführt der Verkauf eines Erben, welcher die dem Erblasser geliehene, vermietete oder bei ihm hinterlegte Sache für eine Erbschaftssache hielt. Die Regel als solche lautet allgemeiner. Es wird also einmal auf solches Nichtwissen des Verkäufers keine Rücksicht genommen sein.

In einem anderen Sinne wird schon von Sabinus Zurechenbarkeit der Tat gefordert: Gell. n. a. 11, 18 §§ 14. 20. 21. 24. Aber der Begriff ist noch ein recht gedehnter. Vgl. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 783.

Gajus sagt ganz allgemein: furtum sine affectu furandi non committitur. Vgl. dazu III, 197; Pap. fr. 57 mand. 17, 1.

Diese durch furtum hervorgerufene Ersitzungsunfähigkeit wurde gehoben gemäß der lex Atinia durch Rückkehr der Sache in die Gewalt des Eigentümers: Paul. fr. 215 de uerb. sign. 50, 16.

Ebenso bedurfte das ui possidere bei Grundstücken einer näheren Erläuterung. Das sine ui possessionem nancisci wurde in drei Fällen angenommen. Das älteste Beispiel war wohl die possessio quae ex neglegentia domini uacet. Dieselbe bildet aber keinen reinen Gegensatz zum longo tempore afuerit. Die lange Abwesenheit ist vielmehr der weitere Begriff, in dem die Nachlässigkeit vollständig aufgeht: Vac. Poss. S. 22. Das dritte Beispiel: quia dominus sine successore decesserit.

Rückkehr der Sache in die Gewalt des Eigentümers beseitigte auch hier die Unersitzbarkeit: I. I. II, 6 § 8.

29. Fortsetzung. Usucapio gegenüber von Frauen, die unter gesetzlicher Vormundschaft standen. II, 47.

Es handelt sich um ein Veräußerungsverbot zugunsten der Agnatenfamilie.

1. Frauen, die sich in Vormundschaft ihrer Agnaten befinden, dürfen nichts veräußern, insonderheit nicht manzipieren, ohne Mitwirkung ihrer Vormünder.

Diesen Satz haben wir zunächst vorauszusetzen.

2. Nun ließ sich ein solches Veräußerungsverbot leicht umgehen. Die Frauen brauchten die res mancipi ja nur zu tradieren und die Ersitzung zu gestatten.

Dagegen richtet sich unsere Vorschrift: auch die Ersitzung derartiger Sachen sollte nur stattfinden, wenn die Vormünder bei der Tradition mitgewirkt hatten.

3. Zur Erklärung dieser Stelle sind längst herangezogen Cic. ad Atticum 1, 5 § 6: Id mirabamur te ignorare, de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usucapi posse; und Cic. pro Flacco 34 § 84: Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui.

In der ersteren Stelle handelt es sich um eine hereditas, mithin eine res nec mancipi. Demgemäß kann sich das

Verbot ursprünglich gar nicht auf die res mancipi beschränkt haben. Die res mancipi in der Gajusstelle sind eine spätere Einschiebung auf Grund einer späteren Rechtsentwicklung.

M. Voigt, Das ius naturale, Bd. 4 S. 546 Anm. 17, und Die XII Tafeln, Bd. 2 S. 238 Anm. 47 nimmt als Inhalt der Zwölftafeln an: Eorum, qui in tutela sunt, res usucapi non possunt, praeterquam si ab ipsis tutore auctore uenditae erant.

M. Voigt faßt mulieres und pupilli zusammen, beschränkt sich auch nicht auf die legitima tutela, was ich beanstande. In bezug auf die mulieres ist die Fassung anlangend den Gegenstand aber noch gar nicht weit genug. Denn in der Stelle pro Flacco handelt es sich um die Begründung einer Manus durch Usus. Demgemäß wird das in beiden Cicero-Stellen wiederkehrende nihil beizubehalten sein. Auch wohl das deminui, da eine Manzipation ohne Mitwirkung der Vormünder um so mehr ausgeschlossen sein mußte.

Demnach ließe sich der Inhalt der Zwölftafelstelle etwa so wiedergeben: De tutela legitima, in qua sunt mulieres, nihil potest sine omnium tutorum auctoritate deminui usucapi.

Aus diesem allgemeinen Inhalt der Zwölftafeln ist dann für Sachen der Satz hergeleitet worden: Res mulieris, quae in agnatorum tutela est oder sunt, usucapi non possunt, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traderentur.

4. Im Laufe der Zeit vollzieht sich die Scheidung von res mancipi und nec mancipi. Die res nec mancipi können von der Frau veräußert werden ohne Mitwirkung des Vormundes: II, 80. 85. Ulp. 11, 27. Dementsprechend wird auch eine Ersitzung der res nec mancipi ohne Zustimmung des Vormundes zugelassen. Das in Frage stehende Verbot beschränkt sich jetzt auf die res mancipi.

5. Die gesetzliche Vormundschaft der Agnaten über die Frauen ist durch eine lex Claudia beseitigt worden: siehe Bd. 1 S. 253.

Wir begegnen aber fortwährend dem auf res mancipi beschränkten Veräußerungsverbote. Dies setzt einen Rechtssatz voraus, daß bei Veräußerung einer res mancipi, welche eine mündige Frau vornimmt, auch andere Vormünder als Agnaten mitzuwirken haben. Wann dieser Rechtssatz entstanden sein mag, ist uns nicht überliefert. Spätestens durch die lex Claudia, aber wohl schon früher. Cicero in den beiden angeführten Stellen berücksichtigt nur die tutela legitima.

Die Mitwirkung der Vormünder ist zwar nötig zur Uebertragung des Eigentums, aber nicht zur Entäußerung des Besitzes. Vgl. Paul. uat. fr. 1: mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Zu beachten sind ferner Marcianus fr. 11 de adq. rer. dom. 41, 1 und Ulp. fr. 29 § 1 de adq. u. a. p. 41, 2: wo das, was von der possessio der Unmündigen gesagt ist, einen Gegensatz bildet zur Rechtsfähigkeit der mündigen Frau. Im übrigen verweise ich wegen beider Stellen auf Vac. Poss. S. 76. 109. 110. 119. 316.

Wie die Mitwirkung eines Vormundes sich mit auf die Tradition einer res mancipi erstreckte, so bedurfte nicht bloß die feierliche, sondern auch die formlose Freilassung von seiten einer Frau der Mitwirkung ihres Vormundes: siehe Bd. 1 S. 128.

6. Als regelmäßiges Erfordernis einer usucapio tritt auf die bona fides in der Person des Ersitzenden. Dieser gute Glaube macht sich auch geltend bei unserem Veräußerungsverbote, erscheint hier aber nicht als ein Erschwerungsgrund für die Ersitzung, sondern als eine Erweiterung der Ersitzungsmöglichkeit, indem das Veräußerungsverbot in der Person des Erwerbenden auf bösen Glauben beschränkt wird.

Es hat z. B. jemand durch Vermittelung Dritter von einer Frau gekauft, weiß das aber nicht. Vgl. Mod. fr. 109 de uerb. sign. 50, 16. Oder der Käufer hat keine Ahnung davon, daß der bei dem Geschäfte Mitwirkende gar nicht der Vormund sei. Es heißt in einer allem Anscheine nach dem

Paul. lib. 8 ad Sabinum entlehnten Stelle, uat. fr. 1, die meines Erachtens auf Grund von Paul. fr. 27 de contr. empt. 18, 1 in nachstehender Weise zu ergänzen wäre: ⟨Qui a quolibet rem mulieris emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit; at qui⟩ sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit uel falso tutore auctore quem sciit non esse, non uidetur bona fide emisse.

Diesen Satz verteidigten schon die Alten, Sabinus und Cassius: itaque et ueteres putant et Sabinus et Cassius scribunt.

Damit sind wir gleichzeitig beim Putativtitel angelangt: der Empfangende ist der Meinung, einen gültigen Kauf abgeschlossen zu haben, während dies gar nicht der Fall ist.

Ein Ersitzungshindernis wäre demnach nur vorhanden, wenn der Käufer von der wirklichen Sachlage Kenntnis hatte. Es gingen aber insofern die Ansichten wieder auseinander, als man darüber stritt: ob man hier überhaupt von einem Titel pro emptore sprechen könne.

Labeo nahm nur einen Titel pro possessore an. Demgegenüber machten Proculus und Celsus geltend: daß ein solcher Käufer doch mit Genehmigung der Eigentümerin die Früchte an sich nehme, und insoweit die Frau jedenfalls berechtigt sei, auch ohne Mitwirkung eines Vormundes den Besitz einer res mancipi zu veräußern. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore; Proculus et Celsus pro emptore, quod est uerius: nam et fructus suos facit, quia scilicet uoluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Denselben Standpunkt nimmt ein Paul. fr. 2 § 1 pro empt. 41, 4.

Buchholtz bemerkt zu unserer Stelle: agnatorum tutela non est intelligenda, quoniam haec Pauli temporibus iam lege Claudia sublata fuit. Und das scheint allgemeine Auffassung zu sein.

Allein wir stoßen hier auf Fragen, die schon die ueteres

und Sabinus beschäftigten. Die könnten doch sehr wohl die Agnatentutel über Frauen mitbetroffen haben

7. In diesen Zusammenhang gehört nun auch die vielen unverständlich vorgekommene constitutio Rutiliana. Paulus uat. fr. 1 fährt fort: Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

Schon Buchholtz und Bechmann, Kauf, Bd. 1 S. 625 Anm. 3 haben darauf aufmerksam gemacht, daß wir hier nicht den Rechtssatz, wie ihn die constitutio Rutiliana aufstellte, vor uns haben, sondern nur eine Folgerung auf Grund dieses Rechtssatzes.

Die Sachlage haben wir uns so vorzustellen. Jemand läßt sich von einer Frau ohne Mitwirkung des Vormundes eine res mancipi manzipieren oder wohl gar nur tradieren und zahlt dafür einen angemessenen Preis. Er kennt ganz genau die Verhältnisse, so daß in dieser Beziehung von gutem Glauben keine Rede sein kann. Gleichwohl soll er ersitzen dürfen, weil die Frau den Wert der Sache in Händen hat.

Diesen Satz müssen wir notwendig voraussetzen.

Nun fragt sich: ob die Frau ein Reurecht hat. Dies wird ihr zugestanden. Und wenn der Geber des Geldes die Rücknahme verweigern sollte, ist es vorbei mit der Ersitzung. Es tritt eine Besitzumwandlung ein: vgl. darüber Vac. Poss. S. 254. 256. 351.

Diese Wirkung soll eintreten propter Rutilianam constitutionem.

Dabei erinnert Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 404 an eine constitutio quae de redemptis lata est, die von Tryph. fr. 12 § 8 de capt. 49, 15 erwähnt wird.

Der Käufer eines Kriegsgefangenen wird Eigentümer des redemptus. Daneben besteht ein Einlösungsrecht. Dieses macht sich auch geltend gegenüber einer Ersitzung. Sobald das Geld angeboten wird, hört die Ersitzung auf.

Das Einlösungsrecht ist uralt. Vgl. Rt. v. Gortyn VI, 46—55 und Mommsen, Ges. Schr., Bd. 3 S. 9. Das Neue in der constitutio quae de redemptis lata est könnte sich darauf beschränken, daß bereits durch das Angebot das postliminium zur Geltung gelange und demgemäß auch eine Ersitzung unterbrochen werde.

So soll nun auch in unserem Falle schon das bloße Angebot eine Unterbrechung der Ersitzung zur Folge haben.

Nach klassischem Recht war die geschehene Zahlung ein Erfordernis der usucapio pro emptore; siehe Rtsgel. Gaj. S. 260. 261. Aus unserer Stelle ersehen wir nun, daß sich dieses Erfordernis durch Angebot der Rückzahlung wieder beseitigen ließ, so daß die Ersitzung unterbrochen wurde.

8. Als eine Ergänzung zu dem eben besprochenen uat. fr. 1 können wir betrachten Pap. uat. fr. 259.

Eine Frau hat ein Provinzialgrundstück einem Latinen mit Inventar geschenkt, und, wie wir voraussetzen müssen, tradiert. Soweit das Grundstück und sonstige res nec mancipii in Frage stehen, hat es mit der Schenkung seine Richtigkeit. Nachdem dies festgestellt, fährt Papinian fort: seruos autem et pecora, quae collo uel dorso domarentur, usu non capta. Si tamen uoluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi: non enim mortis causa capitur quod aliter donatum est, quoniam morte Cincia remouetur.

Das usu non capta verstehen Buchholtz und Schilling, Institutionen, Bd. 3 S. 866 Anm. nn nicht von einer Unzulässigkeit der Usukapion an sich, sondern von dem Umstand, daß die erforderliche Zeit noch nicht abgelaufen war.

Dagegen ist zu bemerken, daß usu non capta in Beziehung steht zu sine tutoris auctoritate. Deshalb wird nach einem rechtlichen Grunde zu suchen sein, weshalb bei fehlender Mitwirkung des Vormundes von einer Usukapion des Beschenkten überhaupt keine Rede sein könne.

Ein allgemeiner Rechtsgrund, welcher die Usukapion aus-

schlösse, genügt auch nicht. An sich müßte die Usukapion gestattet sein, wenn der Vormund mitgewirkt hätte.

Deshalb ist die Erklärung von Huschke zu verwerfen, der wegen des Latinen hinweist auf den Satz der Zwölftafeln III, 7: aduersus hostem aeterna auctoritas.

Die Sache dürfte vielmehr so liegen. Der Latinus, mit dem wir es zu tun haben, wird ein Latinus Iunianus sein. Derselbe hatte commercium und konnte insonderheit auf dem Wege der mancipatio erwerben, nicht aber durch Testament. Vgl. Bd. 1 S. 133. Hier handelt es sich um keinen Erwerb aus Testament, sondern um res mancipi, die geschenkt, aber nur tradiert waren. Hätte der Vormund mitgewirkt, so würde in Gemäßheit von II, 47 eine Usukapion möglich gewesen sein; weil diese Mitwirkung fehlt, ist diese Usukapion ausgeschlossen. So schon Hasse, Rhein. Mus., Bd. 1 S. 213 Anm. 47.

Freilich bezieht sich II, 47 auf die Agnatentutel, die durch die lex Claudia beseitigt wurde. Aber das Veräußerungsverbot könnte später noch gerade so gehandhabt sein. Hierfür scheint zu sprechen Iauol. fr. 7 pro legato 41, 8: Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur. Daraus folgert schon Merillius, Obs. 6, 27: quasi aliis titulis posset usucapere, puta, pro emptore, pro soluto, pro donato.

Demnach versagt die Möglichkeit einer Usukapion, weil bei der Tradition kein Vormund mitgewirkt hat.

Das Verfahren könnte folgenden Verlauf genommen haben. Die Erben der Frau verlangen mit der Eigentumsklage Zurückgabe der geschenkten res mancipi, weil die Schenkung das durch die lex Cincia gestattete Maß überschreite. Demgegenüber beruft sich der Beklagte auf Usukapion. Die Erben replizieren: Die Frau habe ohne Mitwirkung eines Vormundes geschenkt, deshalb könne von Usukapion keine Rede sein. So gelangt die Sache an Papinian zur Begutachtung. Derselbe weist darauf hin, daß eine duplicatio doli dem Beschenkten

von Nutzen sein werde: denn durch den Tod der Frau sei das Widerrufsrecht erloschen. Zudem mögen sich die Erben darauf berufen haben, daß eine Schenkung todeshalber vorliege. Diese Behauptung weist Papinian als hinfällig zurück.

War der Beschenkte eine ausgenommene Person, z. B. Sohn oder Tochter, so hatte schon der Schenker selber kein Widerrufsrecht: Pap. uat. fr. 264; Diocl. uat. fr. 314 vom Jahre 294.

9. Ich habe bei Erklärung von II, 47 schon vorgegriffen auf II, 80 und muß jetzt auf das Verhältnis beider Stellen zueinander noch näher eingehen.

Bisher sind beide Stellen nur in ihrer Vereinzelung betrachtet worden. Und das ist sehr begreiflich. Ist doch in der einen Stelle nur von usucapi die Rede, in der andern von alienare.

Nun setzt aber II, 47 ein Verbot des alienare schon voraus, und II, 80 ist auf das usucapi mitauszudehnen.

Im allgemeinen hätten wir es in beiden Fällen mit demselben Rechtssatze zu tun. Aber insofern liegt eine Verschiedenheit vor, als II, 47 sich auf die agnatorum tutela beschränkt, während II, 80 den tutor allgemein ins Auge faßt.

Diese Verschiedenheit habe ich bereits in der Weise erklärt, daß das in Frage stehende Veräußerungsverbot sich ursprünglich auf die legitima tutela beschränkte, später aber auch bei sonstiger Vormundschaft zur Anwendung gelangte. Diese Verallgemeinerung dürfte nach Cicero, aber vor der lex Claudia erfolgt sein.

Es bleibt noch zu erklären: warum wir in der einen Stelle auf das Zwölftafelrecht hingewiesen werden, während uns in der andern Stelle das jüngere Recht entgegentritt.

In dieser Beziehung muß ich wieder daran erinnern, daß wir es nicht mit einem einheitlich gearbeiteten Lehrbuch zu tun haben.

Zur Zeit des Grundstockes wird sich das Veräußerungsverbot noch auf die agnatorum tutela beschränkt haben. In

diesem Umfange wurde es benutzt bei der Usukapion. Die andere Stelle geht auf Gajus zurück, wie uns das Nunc admonendi sumus verkündet. Bei dieser Einschaltung legte dann Gajus das zu seiner Zeit geltende allgemeine Veräußerungsverbot zu Grunde. Vorher bei der Usukapion hatte er es noch nicht für nötig befunden, auf diese Rechtsänderung Rücksicht zu nehmen.

Das Recht der Zwölftafeln wird im Grundstock als geltendes Recht zur Darstellung gelangt sein. Daran nahm ein Nachgajaner, dem vermutlich die lex Claudia vorschwebte, Anstoß und überwies dieses Recht der Vergangenheit, indem er im Präteritum sprach: erant, poterant, traditae essent.

Auf alle Fälle nimmt sich diese Verbindung der Tradition bezw. sich anschließenden Usukapion bloß mit der Agnatentutel in II, 47 etwas eigenartig aus, da auf diese Weise der Anschein erweckt wird, als ob seit der lex Claudia hierbei die Mitwirkung eines Frauenvormundes überhaupt nicht mehr nötig wäre; was doch mit Paul. uat. fr. 1 nicht in Einklang steht.

30. Fortsetzung. Bona fides und mala fides. II, 43—45. 50. 51.

Beim Erfordernis der bona fides pflegt man sich auf die Person des Usukapienten zu beschränken. Nun lehnt sich aber die Usukapion häufig einer Tradition an. Es stehen sich einander gegenüber Tradent und Usukapient, wofür gleich der eben besprochene § 47 ein Beispiel darbietet. Es dürfte sich daher empfehlen, den Tradenten mit in den Kreis unserer Betrachtung zu ziehen.

1. Schon in alter Zeit war man sich darüber klar, daß man dem usus nicht überall die Wirkung des Eigentumserwerbes beilegen dürfe. Zunächst faßte man die Sachen ins Auge. Man nahm bestimmte Sachen aus. An der Spitze steht hier die res furtiua.

Bekanntlich ist der Begriff des furtum von den Römern in alter Zeit sehr weit ausgedehnt worden. Grund dafür

12*

mag mit sein, daß man die Usukapion in Schranken halten wollte.

Uns interessiert hier vor allem der Satz, dem wir II, 50 begegnen: qui alienam rem uendidit et tradidit furtum committit. Von einem dolus, einer mala fides ist hier gar keine Rede; und ich glaube, es wäre voreilig, wenn wir einen derartigen Begriff hier einschieben wollten. Für den Deliktsbegriff genügt in alter Zeit schon der äußere Hergang, eine Schuld braucht gar nicht vorzuliegen. Vgl. Ihering, Schuldmoment, S. 10 flg.

Von dieser Auffassung des furtum in alter Zeit haben sich auch sonst noch Spuren erhalten. Hierher gehört das furtum conceptum: III, 186. 187; der Satz bei Paulus sent. 2, 17 § 3: auctoritatis uenditor duplo tenus obligatur; das tignum aedibus iunctum: Zwölftafeln VI, 7; die Bestrafung des Unmündigen: Zwölftafeln VIII, 14.

So wird zunächst selbst der, welcher eine fremde Sache verkaufte und tradierte, ohne diese Eigenschaft der Sache zu kennen, bewirkt haben: daß die Sache zu einer res furtiua wurde, mithin die Usukapion ausgeschlossen war.

Später änderte sich dieser Zustand. Man nahm einzelne Fälle aus, wie sie II, 50 angegeben sind. Bis dann der affectus furandi allgemein als ein Erfordernis des furtum hingestellt wurde, den selbst der Rechtsirrtum ausschloß.

Damit gelangen wir zu folgendem Rechtssatze: wer eine fremde Sache in gutem Glauben verkauft und tradiert, bewirkt, daß der Empfänger usukapiert, wenn in dessen Person die nötigen Voraussetzungen gegeben sind.

Etwas anders verhält sich die Sache bei Grundstücken, wo später das furtum versagte. Hier griff aber ein nach II, 45 die lex Iulia et Plautia, welche die Ersitzung der res ui possessa untersagte. Weiter ging man nicht. Wenn also jemand ohne Gewalt in den Besitz eines fremden Grundstückes gelangte, hierum wußte, diese Grundstücke verkaufte und tradierte: so stand seinerseits einer Usukapion kein Hindernis entgegen.

2. Seit wann ist die bona fides ein Erfordernis in der Person des Usukapienten geworden?

Bechmann, Kauf, Bd. 1 S. 619 kann sich nicht vorstellen, 'daß es jemals eine normale Usukapion ganz ohne bona fides gegeben hat'.

Ihm schließt sich in gewisser Weise an Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 392: 'Durch den alten Begriff des usus in der Ausübung des Eigentumsinhalts wurde von selbst eine gewisse Gutgläubigkeit gefordert.' Dann heißt es weiter: 'Speziell gefordert wird bona fides erst sein, seitdem das Erfordernis spezieller materieller Eigentumserwerbsgründe als Grundlage der Usukapion explicite aufgestellt wurde.'

Ein alter Fall der Usukapion ist jedenfalls der gewesen, daß Sachen nicht manzipiert, sondern bloß tradiert wurden. An diesen Fall knüpfen schon die Zwölftafeln an. Auf ihn paßt, was Paulus fr. 28 pr. de uerb. sign. 50, 16 sagt: Alienationis uerbum etiam usucapionem continet; uix est enim ut non uideatur alienare, qui patitur usucapi. Und hier haben wir, als Begleiterin die bona fides, d. h. die Redlichkeit. Vgl. Bruns, Wesen der bona fides, S. 89.

Im Laufe der Zeit mag man sich dann dieser bona fides mehr und mehr bewußt geworden sein. Es haben sich aber daneben aus alter Zeit Fälle erhalten, wo die bona fides entbehrlich zu sein schien: usucapio pro herede und usureceptio.

Man hat sich demnach die Sache meines Erachtens nicht so vorzustellen, als ob die bona fides bereits allgemein festes Erfordernis der Usukapion geworden wäre, das man in den genannten beiden Fällen wieder beseitigt hätte. Vielmehr wird sich die bona fides in einzelnen Fällen als Erfordernis festgesetzt haben, in andern wieder nicht. Diese andern Fälle blieben in der Minderzahl und erscheinen daher später als Ausnahme.

Ein Mittelglied bildet der Fall bei Paul. uat. fr. 1. Es kauft jemand von einer Frau sine tutoris auctoritate

eine res mancipi und läßt sie sich bloß tradieren. Hier soll das Wissen in der Person des Käufers der Usukapion an sich im Wege stehen, aber dann nicht, wenn die Frau den Kaufpreis erhält und behält.

Da es sich um die Umgehung eines Veräußerungsverbotes handelt, hätte man es gerechtfertigt finden können, daß selbst dem gutgläubigen Käufer die Usukapion versagt wäre. Vgl. Windscheid, Pand., Bd. 1[7] § 182 Nr. 5. Die anderweitige Behandlung dieses Falles erklärt sich wohl daraus, daß das Recht im Laufe der Zeit der Frau gegenüber immer nachgiebiger wurde und anlangend ihre Geschäftsfähigkeit eine Schranke nach der andern beseitigte.

31. Schluß. Iusta causa, uerus titulus.

Nach Karlowa soll die bona fides speziell erst gefordert sein, seitdem das Erfordernis spezieller materieller Eigentumserwerbsgründe aufgestellt wurde.

Ich stelle mir die Entwicklung gerade umgekehrt vor.

1. Man hatte es von Haus aus hier mit Redlichkeitsverhältnissen zu tun. Im Laufe der Zeit arbeitete sich dann die bona fides in einem gewissen Umfange als ein notwendiges Erfordernis der Usukapion heraus. Damit ist zugleich gegeben der Putativtitel, den man erst später einzuschränken, wohl ganz zu beseitigen suchte.

Diese Entwicklung gehört, soweit wir sie verfolgen können, erst der Kaiserzeit an. Celsus bei Ulp. fr. 27 de usurp. 41, 3 erklärt die alte Auffassung für einen Irrtum: quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio ualeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Nur für eine vernünftige Beschränkung tritt ein Neratius fr. 5 § 1 pro suo 41, 10: quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio; quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet. Bei Iul. fr. 6 pro derel. 41, 7 heißt es hingegen: Nemo potest pro derelicto

usucapere, qui falso existimauerit rem pro derelicto habitam esse. Andererseits ist zu vergleichen Iul. fr. 7 § 5 pro empt. 41, 4. Zu Africans Zeiten scheint sich die neue Meinung schon mehr eingebürgert zu haben. Es heißt bei ihm fr. 11 pro empt. 41, 4: uolgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere. Er will dies aber nur beschränkt gelten lassen: hactenus uerum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat. Marcellus für Putativtitel: fr. 7 § 2 § 4 de Publ. 6, 2. Papinian verwirft den Putativtitel fr. 3 pro legato 41, 8 in Anlehnung an Paul. fr. 2 pro leg. 41, 8: Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset, pro legato non usucapiam. Im folgenden fr. 4 erfährt freilich dieser Satz bei Paulus eine Abschwächung. Bei der Schenkung verwirft Paulus den Putativtitel: fr. 1 pr. pro donato 41, 6. Andererseits unterscheidet er zwischen dem Titel pro soluto und pro emptore: fr. 48 de usurp. 41, 3; fr. 2 pr. § 2 pro empt. 41, 4. Für den Putativtitel kommt ferner in Betracht: Paul. fr. 2 §§ 15. 16 D 41, 4; fr. 12, fr. 13 § 1 D. 41, 3. Ulpian erklärt sich außer in fr. 27 de usurp. 41, 3 auch fr. 1 § 4 pro dote 41, 9 gegen den Putativtitel. Nach Hermog. fr. 9 pro leg. 41, 8 hat sich beim Legate der Putativtitel wieder durchgesetzt: post magnas uarietates optinuit. Die Kaiser Diocletian und Maximian lehnen den Putativtitel wiederholt ab: c. 24 de rei uind. 3, 32; c. 4 de usuc. pro her. 7, 29; c. 3 de usuc. pro donato 7, 27. Und I. I. II, 6 § 11 wird ausdrücklich gesagt: Error autem falsae causae usucapionem non parit.

Es haben hier offenbar Schwankungen in der römischen Praxis stattgefunden, und die Ansichten der römischen Rechtsgelehrten gingen auseinander. Dieses Auseinandergehen ist in der Justiniansche Gesetzgebung nicht beseitigt, so daß man in eine gewisse Verlegenheit kommt, wenn man die Frage beantworten soll: was ist nun eigentlich der Inhalt der Justinian-

schen Gesetzgebung? Stellt man die angeführten Kodexstellen und die Institutionenstelle in den Vordergrund, so könnte man meinen: der Putativtitel wäre beseitigt. Dazu wollen dann aber die Pandektenstellen meistenteils nicht passen. Vgl. Windscheid, Pand., Bd. 1 [7] § 178 Anm. 6.

2. Bisher gingen Titel und Glaube in der Weise auseinander, daß der Titel nur geglaubt wurde, in Wahrheit aber gar nicht vorhanden war. Nun kann die Sache auch umgekehrt so liegen: daß der Titel in Wahrheit vorhanden ist, ohne daß der Besitzer darum weiß.

Für Fälle dieser Art teilt uns Paul. fr. 2 § 2 pro empt. 41, 4 einen Ausspruch des Sabinus mit. Es heißt hier: potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum.

Sachlich, wenn auch unter anderer Begründung, stimmt damit überein Trebatius bei Pomp. fr. 3 pro donato 41, 6. Und in gleicher Weise entscheidet sich Ter. Clemens fr. 25 de don. int. uir. et ux. 24, 1.

Umgekehrt meint freilich Pomp. fr. 32 § 1 de usurp. 41, 3: etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, uel quia non bona fide uideatur possidere uel quia in iure erranti non procedat usucapio.

Pomponius vermißt also die bona fides, welche als vorhanden annimmt Pap. fr. 44 § 4 de usurp. 41, 3: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamuis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit?

So könnte denn gerade auf diesem Gebiete, wo wegen der bona fides Zweifel auftauchten, zuerst der iustus titulus als Ersatz derselben angesehen sein, bis dann sich eine Meinung geltend machte, die überhaupt den iustus titulus als ein Erfordernis der usucapio neben der bona fides ansah.

3. Bei Gajus ist von diesem iustus titulus als Erfordernis der usucapio noch keine Rede. Hier wie anderswo ist die neueste Entwicklung nicht nachgetragen. Wir sind allein an-

gewiesen auf die bona fides, die sich schon begnügt mit einem vermeintlichen Titel und keinen uerus titulus verlangt.

4. Auf die longi temporis possessio ist das Erfordernis der bona fides erst von der usucapio übertragen worden, und zwar verhältnismäßig spät. Jedenfalls ist diese Entwicklung sichergestellt durch verschiedene Reskripte der Kaiser Diocletian und Maximian: siehe Vac. Poss. S. 273. Davon machten zwei Stellen eine Ausnahme, die einer früheren Zeit angehören: Pap. fr. 11 de diu. temp. praesc. 44, 3 und Paul. sent. 5, 2 § 4.

Von der ersteren Stelle behauptet jetzt Partsch, Die longi temp. praescr., S. 11 flg., daß sie interpoliert sei. Ob dies in dem Umfange der Fall, wie Partsch vermutet, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls dürfte dies aber zutreffen für den Schlußsatz, der hier allein in Betracht kommt.

Der Schlußsatz lautet: idem iuris est, cum de longa possessione quaeritur: neque enim recte defendetur, cum exordium ei bonae fidei ratio non tueatur. Hier ist verdächtig das kausale cum mit dem Indikativ, die longa possessio statt longi temporis praescriptio, wie auch die bonae fidei ratio statt einfacher bona fides.

Die zweite Stelle lautet: Viginti annorum praescriptio etiam aduersus rem publicam prodesse (prodest) ei, qui iustum initium possessionis habuit nec medio tempore interpellatus est. Hier soll nach Partsch S. 9 mit dem iustum initium possessionis nicht notwendig die bona fides umfaßt sein: eine Annahme, die doch wohl großen Bedenken unterliegt.

Inzwischen ist neues Quellenmaterial zum Vorschein gekommen.

In einem Reskripte des Severus und Caracalla vom 29. Dezbr. 199 BGU. I n. 267 = Bruns[7] n. 87 Zle. 7—13 heißt es: Μακρᾶς νομῆς παραγραφὴ[ς] τοῖς δικαίαν αἰτίαν ἐσχηκόσι καὶ ἄνευ τινὸς ἀμφισβητήσεως ἐν τῇ νομῇ γενομένοις πρὸς μὲν τοὺς ἐν ἀλλοτρίᾳ πόλει διατρείβοντας ἐτῶν εἴκοσι ἀριθμῷ βεβαιοῦται, τοὺς δὲ ἐπὶ τῆς αὐτῆς ἐτῶν δέκα.

Wichtig sind vor allen Dingen die Worte τοῖς δικαίαν .. ἀμφισβητήσεως, die wir wohl am genauesten so wiedergeben können: eis, qui iustam causam habuerunt et sine ulla interpellatione in possessione fuerunt. Bemerkenswert ist das Perfekt ἐσχηκόσι: es genügt eine iusta causa in der Vergangenheit, sie braucht nicht fortgedauert zu haben. Dem Sinne nach stimmt damit überein Paulus: qui iustum initium possessionis habuit nec medio tempore interpellatus est.

Dasselbe Reskript kehrt wieder in einem Straßburger Papyrus bei Preisigke I n. 22 = Bruns[7] n. 192 = Mitteis, Chrestom. n. 374. Angeschlossen ist eine Entscheidung des Präfekten Subatianus Aquila vom 13. März 207 betreffend die longi temporis praescriptio und eine Entscheidung des Präfekten Mettius Rufus vom 20. Novbr. 90 betreffend die usucapio.

Bemerkenswert ist, worauf schon Mitteis bei Preisigke S. 85 hingewiesen hat: daß der Entscheidung des Präfekten Subatianus Aquila vorangestellt ist das Reskript der Kaiser Severus und Caracalla. Würde man auch so weit nicht gehen wollen, das Reskript für die eigentliche Quelle der l. t. p. zu erklären, so wäre doch vielleicht die Annahme gerechtfertigt: daß die Berücksichtigung des iustum initium, der iusta causa bei der l. t. p. erst durch die Kaiser Severus und Caracalla eingeführt worden. Bis dahin hatte also einfacher Zeitablauf genügt. Und da nun die Sache schon bei Paulus wiederkehrt, erhielten wir für die sententiae eine neue Zeitbestimmung dahin, daß sie nach 199 geschrieben sein müßten. Freilich wäre daneben mit der Möglichkeit eines späteren Nachtrages zu rechnen.

Bedeutsam sind in der Entscheidung des Subatianus Aquila Zle. 20. 21 die Worte: ἔχοντός τινος ἀφορμὴν κἂν βραχεῖαν δικαίαν κατοχῆς, die Gradenwitz übersetzt: habente quodam initium uel breue iustum tamen possessionis. Damit kann der Präfekt, wie schon Mitteis bemerkt, nur haben ausdrücken wollen: ‘daß mala fides superueniens nicht schadet’.

Mitteis bemerkt dann weiter: 'Für Subatianus Aquila hat also die δικαία ἀφορμή zwei Seiten, eine objektive (iustus titulus) und eine subjektive (bona fides), und auf letztere zielt das βραχεῖα'.

Mir scheinen indes die betreffenden Worte mehr den Gegensatz von wirklichem und putativem Titel zum Ausdrucke zu bringen. Der wirkliche Titel ist dauernd, es genügt aber schon der putative Titel, der vielleicht nur kurze Zeit vorhanden war.

Die Entscheidung nähme somit denselben Standpunkt ein, wie er zunächst für die usucapio maßgebend war, woran noch Gajus festhielt.

Und zu derselben Auffassung ist zurückgekehrt B.G.B. § 937. Auch hier ist zur Ersitzung ein Titel nicht notwendig.

Das Endergebnis wäre, daß die bona fides schon durch die Kaiser Severus und Caracalla ein Erfordernis der l. t. p. wurde. Und wenn uns dieses Erfordernis in den Justinianschen Rechtsbüchern erst unter den Kaisern Diocletian und Maximian deutlich entgegentritt, so beruht das wohl nur auf Zufall. Oder es hat sich vielleicht das Recht in den einzelnen Provinzen verschieden entwickelt.

32. Ut essent qui sacra facerent. II, 55.

Soweit ich sehe, wird allgemein angenommen, daß schon nach Zwölftafelrecht Forderungen und Schulden auf die Erben übergingen. Eine Meinungsverschiedenheit besteht nur insofern, als nach einzelnen Schriftstellern dieser Satz erst durch die Zwölftafeln eingeführt sein soll, während andere ihn für viel älter ausgeben. In ersterer Beziehung ist zu nennen Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 326. 331 und Girard-v. Mayr, Gesch. u. Syst., S. 969. Von den Schulden behaupten dasselbe Birkmeyer, Vermögen, S. 80. 140; M. Voigt, Die XII Tafeln, Bd. 2 S. 362. Für älteren Ursprung tritt ein Karlowa, Röm. Rtsgesch., Bd. 2 S. 908. Insonderheit sollen nach Karlowa die Schulden nie mit dem Tode des Schuldners untergegangen sein.

Man beruft sich auf c. 26 de pactis 2, 3 vom Jahre 294: ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure diuisum; und c. 6 fam. erc. 3, 36. Imp. Gordianus: Ea quae in nominibus sunt . . ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum diuisa sunt.

Beide Stellen, die noch dazu einer verhältnismäßig späten Zeit angehören, sind nicht schlechthin beweisend. Ex lege duodecim tabularum heißt: in Gemäßheit der Zwölftafeln. Das kann sich allerdings auf den Inhalt beziehen, braucht aber auch nur eine Entwicklung ins Auge zu fassen, die sich dem Zwölftafelrechte anlehnt. Eine Vorschrift der Zwölftafeln, die etwa gelautet hätte: heredes familiam pecuniamque partiunto, ließ sich füglich auch auf Forderungen und Schulden übertragen.

1. Eine Erbschaft im alten Rom war nichts als eine Mehrheit von körperlichen Sachen: siehe schon oben Erklärung 25. Der Tod machte einen Strich über Forderungen wie Schulden Das credere war im alten Rom ein sehr gefährliches Geschäft Daraus erklären sich zum Teil die hohen Zinsen und die vielen Sicherheiten, mit denen man eine Forderung zu umgeben pflegte. Man läßt sich Sachen zu Faustpfand geben, das Eigentum manzipieren; man läßt sich Bürgen stellen. Stirbt nun der Gläubiger, so hat der Erbe jetzt noch das Eigentum bezw. Faustpfand; stirbt der Schuldner, so hat der Gläubiger den Bürgen.

Der Uebergang der Forderungen und Schulden auf den Erben ist nicht bloß dem Zwölftafelrecht fernzuhalten; er hat sich auch später nicht mit einem Schlage vollzogen, die Entwicklung war vielmehr eine allmähliche.

2. Was die Schulden anbetrifft, so haben wir unsern Ausgang zu nehmen von den sacra, den sakralrechtlichen Verpflichtungen. Darunter sind zu verstehen die eigentlichen Opfer und was damit zusammenhängt: siehe darüber Wissowa, Religion und Kultus der Römer, S. 344 flg.

Den Untergang dieser Verpflichtungen suchten die Pontifices zu hindern. Cic. de leg. 2, 20 § 50: pontifices cum pecunia sacra coniungi uolunt isdemque ferias et caerimonias adscribendas putant. Ebenda 2, 21 § 52: nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt. Sie verbanden die sacra mit der pecunia. Auch das uotum mag in dieser Weise behandelt sein. Ulp. fr. 2 § 2 de poll. 50, 12: uoti enim obligationem ad heredem transire constat. Unter pecunia ist der Nachlaß zu verstehen, soweit er sich aus körperlichen Sachen zusammensetzt; zunächst weist uns der Ausdruck sogar nur auf die beweglichen Sachen hin: siehe Bd. 1 S. 213. Lediglich an diese Sachen halten sich die Pontifices. Die Forderungen des Erblassers bleiben zunächst außer Ansatz. Es gab eine ältere und eine jüngere Ordnung.

Leist, der sich Bonorum possessio, Bd. 1 S. 10 flg. S. 41 flg., Forts. von Glück, Bd. 1 S. 173 flg. eingehend mit diesem Gegenstande beschäftigt hat, spricht von Pontifikaledikten; und diesen Ausdruck haben andere übernommen, z. B. Karlowa, Girard-v. Mayr. Die Bezeichnung wird indes besser vermieden, da die Pontifices ein ius edicendi wie Prätoren und Aedilen nie gehabt haben: Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 1[3] S. 204.

Die Sätze, um die es sich hier handelt, beruhen freilich nicht auf einem Gesetze, wie Cicero de leg. 2, 21 § 52 ausdrücklich erklärt; und werden von den Pontifices herrühren. Ihnen lag die Sorge für Erhaltung der sacra priuata ob. Sie stellten demgemäß die betreffenden Rechtssätze auf und brachten sie zur Anwendung. Die gewöhnlichen Strafmittel standen ihnen zwar nicht zu Gebote, aber sie konnten denjenigen, der sich ihren Anordnungen nicht fügte, für einen impius erklären und somit von der sakralen Gemeinschaft ausschließen. War eine Sühnung möglich, so hatten sie das Nähere zu bestimmen. Ausgeschlossen ist auch keineswegs, daß der weltliche Staat daneben z. B. durch den Censor eingriff. Vgl. Danz, Der sakrale Schutz, S. 97 flg.; Pernice, Zum römischen

Sakralrechte, II S. 29 flg.; Mommsen, Röm. Staatsrt., Bd. 2 [3], S. 52; Strafrt. S. 36 flg.; Wissowa, Religion u. Kultus, S. 330.

Wir werden demnach die Rechtsbildung, die uns hier entgegentritt, als ein priesterliches Gewohnheitsrecht bezeichnen können.

3. Die ältere Ordnung verpflichtete nach Cic. de leg. 2, 20 § 49 auf dreifache Weise: hereditate; aut si maiorem partem pecuniae capiat; aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit. Die maior pars wird nur beim capere und legare berücksichtigt. Die hereditas verpflichtet als solche. Wir befinden uns hier noch beim alten Manzipationstestamente, das keine Erbeseinsetzung kannte. Das capere und legare weist uns hin auf den familiae emptor bezw. Legatar: wem von beiden am meisten zugewandt worden, der soll für die sacra herangezogen werden, vorausgesetzt, daß kein gesetzlicher Erbe vorhanden und er, nämlich der familiae emptor, den größern Teil an sich nimmt, oder wenn der größere Teil legiert worden, und er, nämlich der Legatar, etwas an sich genommen hat.

Der Treuhänder, denn das ist der alte familiae emptor, hat dafür zu sorgen, daß die Legatare zu dem ihnen Ausgesetzten gelangen. Was nachbleibt, gehört ihm. Es kann sein, daß dies mehr beträgt als die Legate, oder daß die Legate den Anteil des Treuhänders übersteigen.

4. Die jüngere Ordnung stellte nach Cic. de leg. 2, 19 §§ 48. 49 fünf Klassen auf.

Heredum causa iustissima est.

Deinde qui morte testamentoue eius tantundem capiat quantum omnes heredes.

Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo.

Quarto qui, si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum seruet.

Extrema illa persona est, ut si is qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam soluerit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit.

Statt ut si is qui der Handschriften setzt Vahlen ut is si qui, Mesnil ut si qui. Vielleicht hat Cicero den Satz von ut si is qui aus seiner Vorlage so herübergenommen, wie er dastand, und Voraufgehendes fortgelassen.

Einen Anhaltspunkt für die Entstehungszeit gewährt Cic. de leg. 2, 20 § 49: Haec nos a Scaeuola didicimus, non ita descripta sunt ab antiquis; und ebenda 2, 21 § 52: Placuit P. Scaeuolae et Ti. Coruncanio, pontificibus maximis, itemque ceteris, eos, qui tantundem caperent quantum omnes heredes, sacris alligari.

Coruncanius war Pontifex maximus als erster Plebejer um 500/254. Siehe über denselben Jörs, Röm. Rtsw. Tl. 1 S. 73 flg. Unter P. Scävola haben wir P. M. Scävola zu verstehen. Er war Konsul im Jahre 621/133, Pontifex maximus 631/123 und scheint als solcher die annales maximi zum Abschluß gebracht zu haben: vgl. Cic. de or. 2, 12 § 52. Wegen dieses P. M. Scävola verweise ich auf Schneider, Die drei Scävola, S. 10 flg. und wegen der annales maximi auf Herm. Peter, Hist. Rom. rell. p. XVIII.

Abweichend Leist, Forts. von Glück, Bd. 1 S. 173 flg. Dieser führt die ältere Ordnung schon auf Coruncanius zurück und unterscheidet ein Coruncanisches und Scävolasches Pontifikaledikt. Dagegen hat sich bereits Karlowa, Röm. Rtsgesch. Bd. 2 S. 901 ausgesprochen.

Also die zweite Klasse der neuen Ordnung bestand schon um 500/254. Die drei folgenden werden nach und nach hinzugefügt sein, da Coruncanius uns nur bei der zweiten Klasse entgegentritt. Jedenfalls ist ihr Ursprung anzunehmen zwischen den Jahren 500/254 und 631/123.

5. Alte und neue Ordnung unterscheiden sich scharf voneinander. Bei der alten Ordnung haben wir noch eine hereditas, die sich auf die körperlichen Sachen beschränkt. Ferner

sind heredes nur die gesetzlichen Erben, es gibt noch keine Erbeseinsetzung. Das Testament ist das alte Manzipationstestament, das nur familiae emptor und Legatare kennt.

Dagegen muß es zur Zeit des Coruncanius schon eine heredis institutio gegeben haben, denn neben dem todeshalber Beschenkten wie dem Legatar treten omnes heredes auf. Mithin hat die neue Ordnung bereits das neue Manzipationstestament zu ihrer Voraussetzung.

Mit der heredis institutio vollzog sich im römischen Erbrecht eine großartige Umgestaltung. Sie durchzusetzen, war aber keineswegs eine leichte Arbeit. Das Publikum setzte ihr hartnäckigen Widerstand entgegen. Um ihn zu brechen, bedurfte es einer dreifachen Gesetzgebung: der lex Furia, lex Voconia vom Jahre 585/169, lex Falcidia vom Jahre 714/40. Davon handelt Gajus II, 224—227, worauf ich später noch näher eingehen werde.

Daß die lex Voconia jünger sei als die zweite Klasse der neueren Ordnung, hat bereits Karlowa S. 901 ausgeführt. Die lex Furia testamentaria ist jünger als die lex Cincia vom Jahre 550/204: Bruns, Z. RG. Bd. 12 S. 134.

Der Begriff heres ist jetzt nicht mehr beschränkt auf den gesetzlichen Erben, er umfaßt auch den Testamentserben. Ferner hat sich insofern eine Umwandlung vollzogen, als der heres zum Schuldenzahler geworden, er hat die weltlichen Schulden zu berichtigen. Davon wird später ebenfalls näher zu handeln sein.

6. Die Pontifices, indem sie die sacra mit der pecunia verknüpften, haben offenbar auch für das weltliche Recht dem Satze vorgearbeitet, daß Schulden mit dem Tode nicht untergehen brauchen. Die Entwicklung ist dann aber eine verschiedene geworden. Das weltliche Recht hält sich vor allen Dingen an den heres, das Sakralrecht nimmt auch den todeshalber Beschenkten wie Legatar in Anspruch.

In dieser Beziehung ist eine Abweichung zwischen der neuen und alten Ordnung bemerkenswert.

Nach der neuen Ordnung werden herangezogen der todeshalber Beschenkte bezw. Legatar, die ebensoviel erhalten wie alle Erben zusammengenommen. Nach der alten Ordnung wurde darauf gesehen, wer mehr erhielt, ob der familiae emptor oder der Legatar. Der familiae emptor wird jetzt ersetzt durch den todeshalber Beschenkten.

Die Vorschrift der alten Ordnung konnte leicht umgangen werden, namentlich seitdem es eine heredis institutio gab. Der Testator brauchte ja nur die eine Hälfte dem heres, die andere Hälfte dem Legatar bezw. todeshalber Beschenkten zuzuwenden. Dann war weder dem Erben noch dem Legatar bezw. todeshalber Beschenkten der größere Teil zugewandt: also niemand zu den sacra verpflichtet. Allem Anschein nach ist hier der Ursprung der partitio legata zu suchen. Vgl. über dieselbe Ulp. 24, 25; Theoph. § 5 de fideicom. her. II, 23.

Dies wird den Coruncanius bewogen haben, die maior pars der alten Ordnung durch ein tantundem zu ersetzen.

Aber dieses tantundem capiat ist dann wieder die Quelle neuer Umgehungsversuche geworden. Der Testator machte bei der partitio legata einen kleinen Abzug. Cic. de leg. 2, 21 § 53: partitionis caput scriptum caute, ut centum nummi deducerentur. Oder wenn der Testator diese Vorsicht versäumt hatte, nahmen die Legatare nicht alles an sich. Cic. a. a. O. 2, 20 § 50: ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. Oder man suchte auf andere Weise von den sacra loszukommen.

Burckhard, Ztschr. f. Rtsgesch. Bd. 22 R. A. S. 286 flg. hat diese Schleichwege in gründlicher Weise dargelegt. Inbezug auf einen Fall widerspricht Kübler, Ztschr. f. Rtsgesch. Bd. 24 S. 37 flg. Ich vermisse eine Erörterung über folgenden Punkt. Sollten diese Schlauheiten bloß den Legataren zugute gekommen sein, sollten auf diese Weise die Lasten wieder den Erben aufgebürdet sein? Dann wäre nicht viel genützt gewesen. Ich glaube eher, man ging beim Partitionslegat von dem Satze

aus: in diesem Falle haften nicht die Erben, sondern die Legatare. Haben nun die Legatare sich dieser Last zu entziehen gewußt, so gingen die sakralrechtlichen Verpflichtungen überhaupt unter.

7. Weiter gab es Fälle, wo nur die Erben in Betracht kamen. Waren denn diese immer so willig, die sakralrechtlichen Verpflichtungen auf sich zu nehmen? Ist von ihnen kein Versuch gemacht worden, von den sacra loszukommen?

Zwar der suus, welcher ipso iure Erbe wurde, mag sich dabei beruhigt haben. Aber wo die Antretung der Erbschaft nötig war, scheint sich ein Ausweg dargeboten zu haben, die Erfüllung der sakralrechtlichen Verpflichtungen zunächst wenigstens hinauszuschieben.

Die Antretung einer Erbschaft mußte ursprüglich stets in Gestalt der Cretio erfolgen. Darauf haben hingewiesen Muehlenbruch in seiner Ausgabe von Heinecii, Ant. Rom. syntagma, p. 446 nota i; Leist, Bon. poss., Bd. 2 Abt. 2 S. 122; Karlowa, Röm. Rtsgesch., Bd. 2 S. 896 flg.; Girard-v. Mayr S. 947. 948.

Wie nun, wenn der Erbe keine Cretio vornahm, sich aber gleichwohl in den Besitz der Erbschaft setzte? Dann war er zunächst kein heres, brauchte also auch keine sakralrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Freilich ersaß er die Erbschaft in einem Jahre, so lange mußte man ihm aber Ruhe gönnen.

8. Es bedurfte besonderer Mittel, um die Erben zu einem schnelleren Antritt, möglichst innerhalb der Cretionsfrist zu bewegen. Ein solches Mittel wurde gefunden, indem man die Ersitzung einzelner Erbschaftssachen auch denen gestattete, die sich gar nicht in gutem Glauben befanden. Gai. II, 55: Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est: quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri.

Diese neue Ersitzung ist nicht zusammenzuwerfen mit der alten Ersitzung der Erbschaft. Bei der neuen Ersitzung handelt es sich nur um einzelne Sachen. Denn Gai. II, 52 nennt

als Gegenstand dieser Ersitzung rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est; und hebt besonders hervor: si modo ea res est, quae recipit usucapionem.

Ferner wird durch das Ersitzen einzelner Sachen zunächst gar keine sakralrechtliche Verpflichtung übernommen; die so Ersitzenden sollen nur auf andere einen Druck ausüben, die zu den sakralrechtlichen Verpflichtungen herangezogen werden können.

Hölder, Beitr. zur Gesch. des röm. Erbrts, S. 133 flg. ereifert sich sehr über die von Gajus überlieferte Begründung. Insonderheit hebt er hervor, daß eine Ersitzung ohne guten Glauben in alter Zeit gar keine Abnormität gewesen sei.

Ich bin allerdings ebenfalls der Ansicht: daß die bona fides in der Person des Usukapienten als ein Erfordernis der Usukapion den Römern erst im Laufe der Zeit mehr zum Bewußtsein kam; und daß mala fides von Haus aus nicht gerade als ein Hindernis galt. Siehe oben Erkl. 30 unter 2. Aber schließlich hat sich hier doch eine Scheidung vollzogen, die uns gerade bei der Erbschaft in eigenartiger Weise entgegentritt.

Wir haben zu unterscheiden zwischen der Ersitzung der Erbschaft als Ganzem und der Ersitzung einzelner Erbschaftssachen. Die erstere erfordert guten Glauben, die letztere geht ohne guten Glauben vor sich. Der Zweck der letzteren ist es, die Erben zur Cretio zu veranlassen, mithin die Ersitzung der Erbschaft als Ganzheit zu verdrängen. Inwieweit dieser mittelbare Zwang Erfolg hatte, muß dahingestellt bleiben. Jedenfalls tritt uns die Erbschaftsersitzung noch bei Cicero entgegen. In einem Briefe ad Att. 1, 5 § 6, geschrieben gegen Ende Januar 687/67, heißt es: quoniam hereditas usu capta esset; und in der Rede pro Flacco 34, 85, gehalten 685/59: si quae tibi in Africa uenerit hereditas, usu amittes. An der Beweiskraft dieser Stellen ist nicht wohl zu zweifeln trotz der Einwendungen von Leist, Forts. Bd. 1 S. 198 und Karlowa, a. a. O. S. 900.

9. Andererseits war diese Ersitzung einzelner Sachen eine zweischneidige Waffe. Man hatte sich die Sache anscheinend so vorgestellt: um Unberechtigte fernzuhalten, werden die Berechtigten die Cretio vornehmen. Wenn sie nun aber selber nicht von der ganzen Erbschaft als solcher, sondern von einzelnen Sachen Besitz ergreifen? Dann erfaßen sie die einzelnen Sachen gerade so gut wie jeder Nichtberechtigte und waren andererseits frei von den sakralrechtlichen Verpflichtungen.

Hiergegen wendet sich der dritte Satz der neuen Ordnung, wonach zu den sakralrechtlichen Leistungen verpflichtet sein soll: is qui de bonis . . usuceperit plurimum possidendo.

10. Die vierte Klasse bezieht sich auf einen Nachlaßkonkurs. Ich werde noch einmal darauf zurückkommen müssen: siehe Erkl. 36. Wenn niemand anders zugegriffen hat und die Gläubiger sich des Nachlasses bemächtigt haben, so muß **der** Gläubiger die sacra leisten, welcher am meisten gerettet hat. Leist a. a. O. S. 197 will zu dem ceperit hinzudenken usu. Das läßt sich schwerlich rechtfertigen. Die Sachlage ist vielmehr folgende. Greifen Erben zu, ohne eine Cretio vorzunehmen, oder beliebige Dritte, so müssen die Pontifices auf die sacra warten, bis die Ersitzung vollendet ist. Lassen die Erben die Erbschaft fahren und bemächtigen sich die Gläubiger derselben, so halten sich die Pontifices an den Gläubiger, der am meisten gerettet hat.

Wir befinden uns hier bereits bei dem Satze, daß der Nachlaß den Gläubigern haftet. Da aber die sacra diesen Gläubigern aufgebürdet werden, so haben wir damit ein Vorzugsrecht der sakralrechtlichen Verpflichtungen vor den weltlichen Schulden.

11. Der Nachlaß unterliegt schon dem Zugriffsrechte der Gläubiger. Dasselbe beschränkt sich aber noch auf die körperlichen Sachen. Dies zeigt uns die fünfte Klasse, wonach die Nachlaßschuldner ihre Schulden nicht zu bezahlen brauchen. Dabei ist freilich von solchen abzusehen, die Pfänder oder sonstige Sicherheiten einzulösen haben. Sofern nun Schuldner

von ihren Nachlaßschulden frei werden, können sie nötigenfalls auch zu den sacra herangezogen werden.

12. So bietet sich uns denn folgende Entwicklung dar.

Die Auffassung, daß der Tod einen Strich mache über alle Schulden, wird mit großer Hartnäckigkeit von den Pontifices bekämpft. Sie kümmern sich freilich nur um die sakralrechtlichen Verpflichtungen, haben aber damit gleichzeitig der Erhaltung weltlicher Schulden vorgearbeitet.

Altes Herkommen mag gewesen sein, veranlaßt durch kindliche Pietät, daß der suus die sacra leistete. Diesen Satz haben die Pontifices schon in der alten Ordnung auf alle gesetzlichen Erben ausgedehnt.

Der alten Ordnnng liegt noch das alte Manzipationstestament zugrunde. Sind keine gesetzlichen Erben vorhanden, so halten sich die Pontifices entweder an den familiae emptor oder die Legatare, je nachdem dem einen oder dem andern der größere Teil zugedacht war.

Die Pontifices setzen ihre Bemühungen fort dem neuen Manzipationstestamente gegenüber und haben dabei verschiedene Schwierigkeiten zu überwinden. Sie machen aber den Testamentserben nicht schlechthin verantwortlich, sondern unter Umständen den todeshalber Beschenkten wie die Legatare vor ihm.

Im Falle eines Nachlaßkonkurses erwirken sie ein Vorzugsrecht für die sakralrechtlichen Verpflichtungen, und greifen schließlich diejenigen Nachlaßschuldner an, die infolge des Konkurses von ihren weltlichen Verbindlichkeiten frei geworden waren.

Das weltliche Recht ist zum Teil einen anderen Weg gegangen. Auch wenn ein Testament errichtet worden, ist lediglich der Erbe der Schuldenzahler. Sind keine Erben vorhanden, so kommt es zum Nachlaßkonkurse.

13. Was das Geltungsgebiet des römischen Sakralrechtes anbetrifft, so kommt in erster Linie Rom in Betracht, aber nicht notwendig jede Gemeinde, welcher das römische Bürgerrecht verliehen war. So hatte die Latinerstadt Arpinum bereits

im Jahre 451/303 das römische Bürgerrecht erlangt, Liu. 10, 1 § 2, aber noch Cato der Aeltere berichtet in seinen Origines: daß in Arpinum die sacra nicht auf die Erben übergingen. Cato Censorius in II (originum) bei Priscian. gram. 4, 21: si quis mortuus est Arpinatis, eius heredem sacra non secuntur. Von diesen Origines könnte nach Teuffel, Gesch. der röm. Lit.[5], S. 196 die Herausgabe der drei ersten Bücher um 588/166 erfolgt sein.

33. Ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur. II, 55.

Hier tritt uns die Auffassung einer späteren Zeit entgegen: als die sacra gar nichts oder fast gar nichts mehr bedeuteten, dagegen die weltlichen Forderungen allein oder fast allein in Betracht kamen.

Sachlich ist es geradezu unrichtig, daß bei Gestattung der in Frage stehenden Usukapion auf die weltlichen Gläubiger mit Rücksicht genommen sei. Es handelt sich um eine Schöpfung der Pontifices, die dabei nur an ihre sacra dachten. An die weltlichen Gläubiger konnten sie noch gar nicht denken, weil deren Forderungen mit dem Tode des Schuldners untergingen. Dem Uebergange der weltlichen Schulden auf die Erben haben die sacra erst den Weg gebahnt.

Die neue Ordnung der Pontifices gedenkt zwar an vierter Stelle der Gläubiger: Cic. de leg. 2, 19 § 48. Aber nur, um für die sacra ein Vorzugsrecht in Anspruch zu nehmen.

Die hier und Erkl. 32 erörterte Stelle hatte offenbar vor Augen der Gajus von Autun § 34.

34. Zur pro herede usucapio. II, 57. 58.

Die beiden §§ 57. 58 sind meines Erachtens später eingeschaltet worden. Ein äußerer Grund ist zunächst der, daß beide Paragraphen in der Hs. einen besonderen Absatz bilden.

Was dann den § 57 anbetrifft, so fällt ins Gewicht das bloße Hadriani ohne diui: vgl. Rtsgel. Gaj. S. 39 zu I, 47.

Ferner kommt Gajus III, 201 noch einmal auf die Sache zurück, ohne ein senatus consultum zu erwähnen; dasselbe ist also von ihm noch gar nicht berücksichtigt worden.

Der § 58 ist viel besprochen. Siehe eine Zusammenstellung bei Dubois, Nouvelle Revue Historique, Bd. 4 S. 117 flg. Vor Studemund war das nihil noch nicht gelesen. Die Lücke wurde nicht weiter beachtet. So gab die Stelle gerade den entgegengesetzten Sinn. Die Literatur, die auf dieser Grundlage sich aufbaute, kann als abgetan betrachtet werden.

Die neueren Herausgeber ändern meist in der Weise, daß sie das et vor necessario fortlassen. Dubois a. a. O. S. 118 weist darauf hin, daß die Hs. die Worte esset und et durch ein deutliches Punktum trennt. Demgemäß könnten wir das Et nicht als überflüssig behandeln, sondern müßten es zum necessario mit hinübernehmen.

Auffallend ist allerdings Et . . tamen und vielleicht kein gutes Latein. Ob dieses Et auf einen zweiten Nachgajaner hinweist? Näher liegt doch wohl, dieses et zu streichen. Und das soll am Ende gar der Punkt vor dem et bedeuten.

Unter dem necessarius ist nicht bloß der zum Erben eingesetzte Sklave, sondern vor allen Dingen der suus et necessarius mitbegriffen. Dies ergibt der Gegensatz zu den Erben, die es erst durch Antretung werden: ut essent qui sacra facerent. Dieser Sprachgebrauch ist auch sonst bezeugt: Ulp. fr. 7 § 5 min. 4, 4; fr. 6 § 2 ad S. C. Treb. 36, 1.

Das ipso iure bildet einen Gegensatz zum reuocarentur des senatusconsultum. Bemerkenswert ist die Sicherheit, mit welcher der Nachgajaner diesen Satz verkündet. Zweifel könnten doch diejenigen Sachen erregen, cuius possessionem heres nondum nactus esset. Und daß hier Bedenken haben überwunden werden müssen, darauf weisen andere Stellen hin: man beachte III, 201 das placuit und c. 2 de usucap. pro herede 7, 29 vom Jahre 293 das obtinuit.

35. Zur hereditatis petitio. II, 57. 58.

Cicero in Verr. II, 1, 45 §§ 115—117 kennt noch keine hereditatis petitio, sondern nur legis actio und ein Verfahren per sponsionem.

Wann mag die hereditatis petitio entstanden sein? Das senatusconsultum Hadriani, dem wir in unserer Stelle begegnen, setzt sie jedenfalls schon voraus: hereditatem petendo. Und sie schon dem Julianschen Edikt zu überweisen, dürfte keinen Bedenken unterliegen.

Die Formel war ausgestattet mit einem Restitutionsbefehl: Lenel, Ed. [2] S. 172. Mithin konnte die Herausgabe der Erbschaftssachen nötigenfalls erzwungen werden, der Erbe brauchte sich nicht in Geld abfinden zu lassen: Rtsgel. Gaj. S. 253.

Dieser Restitutionsbefehl erstreckte sich aber nur auf res hereditarias: Paul. fr. 34 § 1 de her. pet. 5, 3. Dahin gehörten nicht mehr die bereits usukapierten Sachen. Auch das Quorum bonorum hatte meines Erachtens nicht die Kraft, eine geschehene Usukapion rückgängig zu machen: Rtsgel. Gaj. S. 142.

Gegen solche Usukapionen, sofern sciens quisque rem alienam lucri facit, schreitet nun ein unser senatusconsultum Hadriani. Der Erbe kann die Usukapion anfechten, reuocare; und die Herausgabe der Sachen verlangen, wie wenn sie nicht usukapiert wären.

Da aber diese Wirkung der hereditas petitio erst durch ein senatusconsultum Hadriani beigelegt wurde, wird dies vorher durch diese Klage nicht zu erreichen gewesen sein. Sie wird daher, sei es im allgemeinen oder durch Dekret im besondern Fall, eines Zusatzes bedurft haben, der diese Usukapion wegfingierte. Diese Fiktion ließe sich der Formel bei Lenel, Ed. [2] S. 174 etwa in folgender Weise anschließen: S. p. hereditatem q. d. a. ex iure Quiritium A^i A^i esse, quod N^s N^s ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet

aut sciens pro herede usucepisset, perinde atque si usucaptum non esset, rel.

Einem necessarius heres gegenüber kann nach § 58 von Usukapion ipso iure keine Rede sein. Hier hätte demnach die bisherige Formel ausgereicht.

36. Usureceptio. II, 59. 60. 61.

Ueber der usureceptio, die wir erst durch Gajus kennen gelernt haben, lagert noch immer ein Dunkel.

Es gibt zwei Arten: fiduciae causa und si rem obligatam sibi populus uendiderit.

1. Zuerst bespricht Gajus die fiducia. Dieselbe wird entweder mit einem Gläubiger oder einem Freunde eingegangen.

a) Bei einem Freunde findet stets usureceptio statt; bei einem Gläubiger, wenn er befriedigt worden. Soweit ist alles leicht verständlich, denn hier entspricht die usureceptio durchaus dem Willen des Dritten.

b) Die Schwierigkeiten beginnen bei der usucapio lucratiua, wenn der Gläubiger noch nicht bezahlt worden.

Man hat mit dieser usureceptio sogar so große Eile, daß sie bei Grundstücken sich schon in einem Jahre vollzieht.

Dies Jahr bringt mich auf den Gedanken, die usureceptio irgendwie zur pro herede usucapio in Beziehung zu setzen, der sie ja auch in der Darstellung bei Gajus sich anschließt.

α) Die pro herede usucapio diente einem höheren Zwecke: ut essent qui sacra facerent.

Von den pontifices heißt es bei Cic. de leg. 2, 21 § 52: nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt.

Wir haben in dieser Beziehung zwei Ordnungen zu unterscheiden, eine ältere und eine jüngere: Cic. de leg. 2, 19. 20 §§ 48. 49.

Die jüngere stellte fünf Klassen auf, von denen uns hier näher angehen die vierte und die fünfte.

Quarto qui, si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum seruet.

Extrema illa persona est, ut si is qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam soluerit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit.

Savigny, Ztschr. für gesch. Rtsw. Bd. 2 S. 374 flg.; Vermischte Schriften Bd. 1 S. 166 flg. hat schon richtig erkannt, daß die vierte Klasse sich auf einen Konkurs beziehen müsse. Die Ausführung dieses Gedankens läßt freilich zu wünschen übrig. Wir haben hier vor uns die älteste Stelle, welche von einem Nachlaßkonkurse handelt. Den Gläubigern wird das Vermögen vom Prätor addiziert sein. Dieses Vermögen umfaßt aber noch nicht die Forderungen, worauf uns die fünfte Klasse hinweist.

Also: Die Gläubiger erhalten die im Nachlaß befindlichen Sachen, die Schuldner werden frei. Es verhält sich hier geradeso wie bei der hereditatis in iure cessio nach geschehener Antretung: II, 35.

β) Nun gibt es aber Schuldner, welche dem Verstorbenen Sicherheit gewährt hatten durch Uebereignung von Sachen. Wer soll diese Sachen haben? Sollen sie den Gläubigern gehören oder den Schuldern wieder zufallen? Es leuchtet ein, daß über diesen Punkt Bestimmungen getroffen werden müssen.

αα) Sind die Sachen dem Verstorbenen nicht bloß manzipiert bezw. in iure cediert, hat der Verstorbene die Sachen auch bis zum Augenblick seines Todes in Besitz gehabt: dann greifen natürlich die Gläubiger zu.

ββ) Ist aber im Augenblick des Todes der Schuldner der Besitzer, wenn ihm auch das Eigentum fehlt: so ist das Recht des Schuldners das stärkere. Die Gläubiger können ihn nicht nötigen, die Sache herauszugeben. Zwar ist er noch kein Eigentümer, es kommen aber auf ihn zur Anwendung die Grundsätze der pro herede usucapio. Er erlangt dieses Eigentum durch einjährigen Besitz, selbst wenn es Grundstücke sein sollten.

γγ) Im allgemeinen ist gerade nicht nötig für das Recht der Gläubiger, daß sich die Sachen, die dem Verstorbenen gehörten, bis zum letzten Augenblick in dessen Besitz und Gewahrsam befanden. Er hat z. B. Sachen precario weggegeben oder vermietet. Auch auf solche Sachen legen die Gläubiger Beschlag.

Nun kann die Fiducia sich sehr wohl mit Precarium und Miete verbinden. Der Schuldner, welcher sein Grundstück manzipierte, mietete es dem Verstorbenen ab oder erhielt es von diesem precario. In einem solchen Falle ist das Mieteverhältnis, das Precarium das Entscheidende: mithin das Recht der Gläubiger das stärkere.

2. Ganz anders geartet ist die usureceptio ex praediatura.

a) Wurde die Verbindlichkeit, für welche dem Staate, der Gemeinde praedes gegeben waren, nicht erfüllt, so kam es zum Verkauf der praedes, praedia. Der Vertragsabschluß findet statt zwischen Staat bezw. Gemeinde und praediator. Dieser praediator erhält kein Eigentum an den Grundstücken. Die Grundstücke sind dem Staate ja nur verpfändet: si rem obligatam sibi populus uendiderit. Und mehr Rechte, wie der Staat selber hatte, wird er auch nicht dem praediator überwiesen haben. Eigentümer blieb der praes nicht bloß dem Staate, sondern auch dem Käufer gegenüber: eamque dominus possiderit. Nur wegen der possessio gab es eine usureceptio. Vgl. Societas publicanorum Bd. 1 S. 204 flg.

Dieser Besitz, den der praes durch usus wiedererlangt, kann nicht füglich gewöhnlicher Besitz sein, denn den hat er ja schon. Es kann nur der Besitz sein, wie er ihn früher hatte, also pfandfreier Besitz. Gegenstand dieser Usureception ist demnach die Pfandfreiheit.

b) Wie kommt denn aber der praediator dazu, sich solche Ersitzung gefallen zu lassen?

Es steht nur in Frage der Verkauf einer Forderung, für welche Grundstücke verpfändet waren. Der Staat wird eher zu viel als zu wenig Sicherheit genommen haben. Allerdings

stand es dem praediator frei, sich aus diesen Grundstücken wegen der Forderung zu befriedigen. Aber wenn es nun zu viele Grundstücke waren? Die Eigentümer, welche innerhalb zweier Jahre nicht angegangen waren, erlangten wieder pfandfreies Eigentum.

37. Ist mit II, 62—64 eine Umstellung vorzunehmen?

Böcking in seiner fünften Auflage hat gemäß den Ausführungen von G. E. Heimbach die §§ 62—64 zwischen die §§ 79 und 80 versetzt. Ihm hatte sich angeschlossen Huschke in seiner vierten Auflage, in der sechsten ist die handschriftliche Reihenfolge von Seckel und Kübler wiederhergestellt. Beibehalten hat die Umstellung noch in der fünften Auflage Paul Krüger trotz der Einwendungen von Mommsen. Für Mommsen ist eingetreten Gradenwitz, Festgabe für Schirmer S. 175 flg. Demgegenüber führt Paul Krüger, Ztschr. für Rtsgesch. Bd. 35 R. A. S. 49 flg., aus: er könne Mommsens Bemerkungen nicht als endgültige Widerlegung der Umstellung gelten lassen; wolle aber die Annahme, die §§ 62—64 seien ein Nachtrag, nicht ganz ablehnen.

Meines Erachtens verhält sich die Sache folgendermaßen.

Sowohl die §§ 65—79, als auch die §§ 80—85 sind spätere Zusätze. Von alledem stand im Grundstocke noch gar nichts, der einmal aufhörte beim § 64.

Während aber Gajus die §§ 62—64 im wesentlichen schon vorfand, rühren sowohl die §§ 65—79 wie die §§ 80—85 erst von Gajus her. Beiderlei Zusätze wird schon Gajus hintereinander haben folgen lassen, während es systematisch richtiger gewesen wäre, die §§ 65—79 mit dem § 61 und die §§ 80—85 mit dem § 64 zu verbinden.

In dieser Beziehung möchte ich noch einen Punkt besprechen, der bisher nicht aufgeklärt worden.

Den § 80 hat ein Nachgajaner versehen mit der Ueberschrift R Ū de pupillis an aliquid a se alienare possunt.

Was heißt hier $\bar{R}$ $\bar{U}$? Ich löse auf: Regula quinta. Es handelt sich um einen fünften Fall, wo einem Eigentümer die Veräußerungsbefugnis fehlt. Die andern vier Fälle, wo einem Eigentümer die Veräußerungsbefugnis fehlt, bezw. ein Nichteigentümer veräußern darf, sind aufgezählt in den §§ 63. 64. Als solche kommen in Betracht: der Ehemann wegen des Dotalgrundstückes, der agnatus furiosi curator, der procurator und der Pfandgläubiger. Durch die fragliche Ueberschrift hat nun der Nachgajaner darauf aufmerksam machen wollen, daß das Folgende dem Zusammenhange nach hinter den § 64 gehöre.

Diese Kundgebung ist insofern auf fruchtbaren Boden gefallen, als die Institutionen Justinians § 2 quibus alienare licet uel non II, 8 in der Tat auf den Pfandgläubiger den pupillus folgen lassen.

In dem, was folgt, ist nicht bloß von pupilli, sondern auch der femina die Rede. Es verdient Beachtung, daß der Nachgajaner in der Ueberschrift die femina bereits fortgelassen hat.

38. Veräußerung durch einen agnatus furiosi curator. II, 64.

Nach Zwölftafelrecht V, 7[a] haben die Agnaten Person wie pecunia des Geisteskranken in ihrer Gewalt: Si furiosus escit, adgnatûm gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.

Unter pecunia haben wir meines Erachtens die gesamte bewegliche Habe zu verstehen. Die Unterscheidung in res mancipi und nec mancipi ist dem Zwölftafelrechte noch fernzuhalten. Vgl. Bd. 1 S. 213.

In Anlehnung an diese Bestimmung der Zwölftafeln, ex lege XII tabularum, hat sich dann der Satz entwickelt, der schon dem Grundstocke angehören könnte: agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest.

Das Rechtsgeschäft, an welches wir bei diesem alienare zu denken haben, ist vor allen Dingen die Manzipation, und zunächst allein die Manzipation. Die in iure cessio ist ein jüngeres Rechtsgebilde: siehe Erkl. 18 S. 136.

Zu beachten ist der allgemeine Ausdruck rem. Die Manzipation ist im Laufe der Zeit auf die Grundstücke miterstreckt worden.

Diesem Zustande der Dinge entspricht eine Aeußerung des Boethius in Cic. top. lib. III cap. 5 § 28 p. 322. Nachdem er den Verlauf der Manzipation geschildert, fährt er fort: Quaecunque igitur res lege duodecim tabularum aliter nisi per hanc solennitatem abalienari non poterat. Darnach hätten Sachen jeglicher Art nach dem Zwölftafelrecht nicht anders als auf dem Wege der Manzipation veräußert werden können.

Es bleibt aber doch wohl fraglich, ob nicht die in iure cessio schon vor der Manzipation bei Grundstücken zur Anwendung kam. Vgl. Erkl. 18 S. 134.

Diese potestas haben wir uns von Haus aus vorzustellen als ein eigenes Recht des Kurators. Der Kurator hat zu veräußern, nicht der Geisteskranke; insonderheit vollzieht der Kurator die Manzipation, nicht der Geisteskranke. Später dürfte allerdings diese Veräußerungsbefugnis als ein Fall unmittelbarer Stellvertretung betrachtet sein. Vgl. Soc. publ. S. 315. Nach Mitteis, Röm. Pr.rt., Bd. 1 S. 209 flg. wäre freilich diese Veräußerung noch bezw. erst in klassischer Zeit als Handeln im eignen Namen aufgefaßt worden.

Auf alle Fälle kann der Kurator noch in klassischer Zeit Sachen des Geisteskranken veräußern. Es muß sich diese Veräußerung aber darstellen als ein Ausfluß vernünftiger Verwaltung. Gai. fr. 17 de cur. fur. 27, 10: nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat; et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quicquam ualebit. Marcellus fr. 12 ebenda.

Von diesem Gesichtspunkte aus darf er auch nicht die

Sache des Geisteskranken als seine eigne tradieren: Ulp. fr. 10 § 1 de cur. fur. 27, 10.

Untersagt ist ihm ferner die Freilassung von Sklaven. Pomp. fr. 22 qui et a quib. 40, 9; fr. 13 de manumiss. 40, 1: Seruus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. Aehnlich drückt sich Gajus aus fr. 17 de cur. fur. 27, 10. Der Grund scheint also ein rein sachlicher gewesen zu sein.

Eine Ausnahme machte die fideikommissarisch vermachte Freiheit. In diesem Falle erschien die Freilassung zugleich als Erfüllung einer Verbindlichkeit: vgl. Rudorff, Vormdsch., Bd. 2 S. 379. Hier soll, wie Pomponius fr. 13 a. a. O. = Lenel n. 327 berichtet, dubitationis tollendae causa nach Octavenus aber so verfahren werden: ab adgnato mancipandum seruum, ut ab eo cui mancipatus esset manumittatur. Diese Worte hat Saas, Behandlung der Geisteskranken, S. 94, mißverstanden.

Dem dubitationis tollendae causa möchte ich entnehmen, daß richtiger Ansicht zufolge auch nichts im Wege gestanden hätte, wenn der Kurator die Freilassung mittels uindicta vornahm. An res nec mancipi der Geisteskranken übertrug der Kurator das Eigentum durch Tradition. Gai. fr. 17 D. 27, 10; Iul. fr. 57 § 4 de furtis 47, 2: ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur.

Lenel hält bei Gai. n. 476 in iure cedendo statt in tradendo und in iure cessio neque mancipatio statt traditio für möglich. Ferner ersetzt er bei Iul. n. 343 tradendo durch mancipando. Mitteis, a. a. O. Anm. 18 wäre bei Gajus in mancipio statt in tradendo genehmer.

Das in iure cedendo bei Gai n. 476 wird richtig sein, denn vorher ist von Freilassung die Rede. Mitteis hingegen S. 211 Anm. 23 hält dies in iure cedendo für ‘so vollkommen unsicher . ., daß es zwecklos ist, die Frage zu erörtern, ob die quasidominikale Gewalt des agnatischen Wahnsinns-

pflegers . . hier etwa eine Ausnahme von der Regel begründet hat'.

In bezug auf das neque traditio bei Gajus ist hervorzuheben, daß ein alleinstehendes neque kein Gajanischer Sprachgebrauch: Kalb, R. J. S. 81. 82. Gajus könnte geschrieben haben: neque mancipatio neque traditio. Denn warum hätte er die traditio nicht auch erwähnen sollen?

So ist auch wohl das tradendo bei Julian kaum zu beanstanden.

39. Veräußerung durch einen procurator. II, 64.

Zur Ergänzung und Erklärung des Textes sind verschiedene Stellen herangezogen. Ich möchte den Prokurator in Verbindung bringen mit Pap. uat. fr. 328, das mit zugrunde liegt dem fr. 67 de proc. 3, 3.

In den uat. fr. heißt es: Procurator absentis, qui pro euictione praediorum quae uendidit fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non releuabitur.

Ein Prokurator, ohne Auftrag zu haben, verkauft Grundstücke eines Abwesenden. Die erste Frage des Kaufenden wird gewesen sein: bin ich denn nun auch sicher, daß der Eigentümer damit einverstanden? Der Prokurator übernimmt alle Verantwortlichkeit: fidem suam adstrinxit.

Der Eigentümer kehrt zurück und die Geschäftsführung des Prokurators hat aufgehört: etsi negotia gerere desierit.

Der Prokurator wird bedenklich, ob er nicht doch noch aus seinem Versprechen in Anspruch genommen werden könne. Ihm schwebt vor ein praetoris auxilium. Er bittet Papinina um ein Gutachten.

Papinina antwortet: Du hast einmal die Verpflichtung übernommen, von einem Zuhülfekommen des Prätors kann hier keine Rede sein.

Was ist unter diesem praetoris auxilium zu verstehen? Ich erkläre mir die Sache auf folgende Weise.

Wenn ein Prokurator für einen Abwesenden Sachen verkaufen wollte bzw. mußte, der keinen Auftrag hatte, so wird es doch Mittel und Wege gegeben haben, wie ein solcher Prokurator sich schützen konnte gegen Inanspruchnahme aus seiner Geschäftsführung. Der Weg, der in dieser Beziehung einzuschlagen war, könnte der gewesen sein: daß der Prokurator dem Prätor die Sache vortrug und ihn ersuchte, dem Verkaufe zuzustimmen. Eine solche Zustimmung mag dann die Wirkung gehabt haben, daß der Abwesende später seine Zustimmung nicht versagen konnte.

Diesen Weg hat im vorliegenden Falle der Prokurator nicht eingeschlagen. Er hat vielmehr alle Verantwortung auf sich übernommen, also soll es auch dabei sein Bewenden haben.

In einer kaiserlichen Konstitution aus den Jahren 369 bzw. 372, uat. fr. 37 § 2 begegnen wir in ähnlicher Sachlage einem permissu iudicum distrahuntur. Warum sollte dieselbe Befugnis nicht auch einem Prätor haben zukommen können? Auch ist ja in der oratio Seueri vom Jahre 195 über die Veräußerung von Mündelgut dem praetor urbanus vorbehalten, Ausnahmen zu gestatten: Ulp. fr. 1 § 2 de reb. eor. 27, 9.

Von diesem Gesichtspunkte aus habe ich die Lücke zu ergänzen versucht.

Hinter procurator bringt die Hs. drei blasse Buchstaben icc, die ich aufgelöst habe in iure ciuile cum. Das iure ciuili geht bereits zurück auf Huschke[4]. Andere ersetzen ic durch ie = id est. Wieder andere icc durch cui.

Auf jeden Fall liegt die Sache so. Ein Prokurator kann nach Gajus Sachen des Eigentümers verkaufen. Zu der Wirkung, daß Eigentum übergeht. Beim Prokurator haben wir nicht bloß an einen Beauftragten bzw. Bevollmächtigten zu denken, sondern vor allen Dingen an einen Geschäftsführer. Nun kann aber doch nicht ein Geschäftsführer als solcher fremdes Eigentum auf andere übertragen. Auf irgendeine Weise muß dies aber möglich gemacht sein.

Mitteis, Z. R.G. Bd. 34 S. 211 dachte an ein Spezialgesetz, schreibt dann aber Röm. Pr.rt. Bd. 1 S. 210 Anm. 18 diesem Prokurator das Manzipationsrecht nicht zu. Gajus beziehe sich gar nicht auf diese Frage.

Aber Gajus spricht doch von Veräußerung. Und die begreift nicht bloß die Tradition, sondern auch die Manzipation.

40. Veräußerung des Pfandgläubigers. II, 64.

Die Veräußerungsbefugnis des Pfandgläubigers beruht auf einem pactum: vgl. darüber Dernburg, Pfdrt., Bd. 1 S. 85 flg., Bd. 2 S. 108 flg; Girard-v. Mayr S. 848 flg

Dieses pactum war dem Labeo bereits bekannt: fr. 35 de pignoribus 20, 1; noch nach Javolen unerläßlich: fr. 74 de furt. 47, 2; während Ulpian den Verkauf schon ohne pactum gestattet: fr. 4 de pign. act. 13, 7.

Auf eine pactio wird von Gajus ausdrücklich Bezug genommen, und dies wird wohl schon der Standpunkt der Vorlage gewesen sein.

Im Schlußsatze will dazu das olim nicht recht passen. Es kann sich nicht beziehen auf die Zeit des Abschlusses. Daß der in der Vergangenheit lag, brauchte nicht besonders ausgeführt zu werden. Das olim kann meines Erachtens nur verstanden werden von einem Zeitpunkte aus, wo die pactio zur Verkaufsbefugnis nicht mehr nötig war. Wir haben demnach einen nachgajanischen Zusatz vor uns.

Eine Schwierigkeit anderer Art findet Dernburg Bd. 2 S. 109 in dem Schlußsatze. Danach soll Gajus eine Fiktion vortragen, wonach der Verpfänder nur als Vertreter seines Schuldners und als Exekutor seines Willens erscheine. Von einer solchen Fiktion vermag ich in der Stelle nichts zu entdecken.

Ich möchte noch hinweisen auf einen Satz der oratio Seueri vom Jahre 195 bei Ulp. fr. 1 § 2 de rebus eorum 27, 9: si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil nouandum censeo. Danach scheint es eine besondere Bestimmung gegeben zu haben,

also auch wohl nötig gewesen zu sein: daß der Erbe des Verpfänders, insonderheit wenn er ein unmündiges Kind war, sich den Verkauf ebenfalls gefallen lassen müsse. Hierauf spielt ferner an Paul. fr. 38 pr. de min. 4, 4: si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. Vgl. zu beiden Stellen Bachofen, Ausgewählte Lehren, S. 134. 162.

41. Eigentumserwerb durch Tradition. II, 65.

In der Vorlage des Gajus ist die Einteilung in res mancipi und nec mancipi die Veranlassung geworden, die Tradition mit heranzuziehen: II, 19. 20. Hier erklärt Gajus die Tradition für eine Erwerbsart des naturale ius; was Gajus für gleichbedeutend nimmt mit ius gentium: fr. 9 § 3 de adq. rer. dom. 41, 1. Im Gegensatz dazu führt er als Erwerbsarten das ius proprium ciuium Romanorum auf: mancipatio, in iure cessio, usucapio.

Von diesem Standpunkte aus will auch ich mich noch einmal mit der Tradition beschäftigen.

Schon Girard ist zu der Anschauung gelangt, daß das Eigentum in alter Zeit nicht durch Tradition übertragen werden konnte. Selbst die res nec mancipi hätten keine Ausnahme von der Regel gebildet: 'mag man nun auch für sie die Anwendung der Manzipation verlangt oder sie vielmehr als des bürgerlichen Eigentums unfähig angesehen haben'. Vgl. Girard-v.-Mayr S. 289.

Meines Erachtens hängt die Einteilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi mit der Entwicklung des ius gentium zusammen. Siehe Bd. 1 Erkl. 37.

Das ius gentium weist zunächst auf das Ausland hin. Wir haben es hier von Haus aus nur zu tun mit dem Rechte, welches zur Anwendung kam in Rechtsstreitigkeiten der Peregrinen mit Römern. Dazu mögen sich dann gesellt haben die Streitigkeiten von Peregrinen, die verschiedenen Staaten angehörten. Dagegen Streitigkeiten der römischen Bürger unter-

einander wurden nach römischem Rechte und Streitigkeiten der Peregrinen desselben Staates wurden nach dem Rechte dieses Staates entschieden. Vgl. Bd. 1 S. 94.

In letzterer Beziehung ist bemerkenswert eine Beobachtung von Mitteis, Chrestomathie der Papyruskunde I S. 76. Hiernach findet sich in Aegypten die Stipulation in Urkunden unter Peregrinen vor der const. Antonina kaum jemals. Daraus folgert Mitteis: 'daß sie, obwohl dem ius gentium angehörig, doch in den intern-peregrinischen Verkehr nicht eingedrungen ist'.

Tatsächlich könnten Stipulationen im innern Verkehr gleichwohl vorgekommen sein, die aber als solche rechtlich ohne Bedeutung waren. Nach Macrob. sat. 3, 17 § 15 schloß Kleopatra mit Antonius sogar eine Sponsio ab, aus der die Nichtrömerin jedenfalls nicht gehaftet hätte.

Diesem Entwicklungsgange haben wir auch die Tradition unterzuordnen.

Noch Varro rer. rust. II, 10 § 4 weiß beim Eigentumserwerb nach bürgerlichem Recht von keiner Tradition: Der Rtsgel. Gaj. S. 108.

Zunächst wird also die Tradition an einer res nec mancipi nur Eigentum übertragen haben, wenn sich Römer und Peregrine einander gegenüberstanden. Und dieses Eigentum wird bei Römern kein quiritisches gewesen sein, sondern ein ähnliches plenum ius, wie wir es nachher noch bei den Provinzialgrundstücken antreffen.

Daran mag sich der Satz angeschlossen haben: daß auch an den von den Peregrinen tradierten Sachen durch Usukapion quiritisches Eigentum erlangt werde, gemäß II, 43. Bis dann die Tradition eines Römers an einen Römer selber zum Erwerbe des quiritischen Eigentumes für tauglich erachtet wurde. Dieser Satz, der uns II, 19 entgegentritt, könnte schon dem Grundstocke angehören. Er lautet freilich etwas allgemeiner. Aber ob jemals die Tradition eines Peregrinen an einen Römer unterschiedslos zum Erwerbe des quiritischen Eigen-

tums ausgereicht habe: halte ich für sehr zweifelhaft. Auszunehmen wären jedenfalls, ganz abgesehen von den Grundstücken, auch die beweglichen Sachen, welche die Römer den res mancipi zuzählten, nämlich die Sklaven wie Zug- und Lasttiere. Auf diese Frage werde ich am Schluß noch zurückkommen. Danach ist zu berichtigen Bd. 1 Erkl. 37 unter 6 der letzte Satz.

Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 417 unterscheidet zwei Arten der Tradition. Die eine, 'welche im Verkehr der Römer mit den Peregrinen, bzw. der Peregrinen unter sich, eine große Rolle gespielt haben wird', und die in das ius ciuile übernommene Tradition. Die erstere habe nur einfaches meum esse, die letztere quiritisches meum esse bewirkt. Bei der ersteren habe der abstrakte Wille, Eigentum zu geben und zu nehmen, genügt; bei der Tradition unter römischen Bürgern habe es daneben einer iusta causa bedurft.

Was zunächst den letzteren Punkt anbetrifft, so beruft sich Karlowa auf Gai. fr. 9 § 3 de adq. rer. dominio 41, 1 = I. I. II, 1 § 40. Hier handelt es sich allerdings um einen Erwerb iure gentium, für den verlangt wird eine uoluntas domini uolentis rem suam in alium transferre. Aber folgt denn daraus, daß die iusta causa entbehrlich war? Vielleicht war sie so wenig entbehrlich wie der Erwerbswille des alius, der doch auch nicht erwähnt wird.

Im übrigen ist Karlowa insofern beizupflichten, als er in der Tradition, soweit res nec mancipi in Frage stehen, jedenfalls beim Verkehr der Römer untereinander zugleich eine zivile Erwerbsart des Eigentums erblickt. Denn dahin hat sich die Sache schließlich entwickelt. Und demgemäß führt Ulp. 19, 2 die Tradition unter den zivilen Erwerbsarten mit auf.

Zu beachten ist ferner Paul. fr. 23 pr. de rei uind. 6, 1: In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure ciuili dominium adquisiit.

Ich kehre zurück zu der Frage: Wie verhielt es sich mit der Tradition eines Peregrinen an einen Römer bei beweglichen Sachen, die zu den res mancipi zählten?

Da nicht einmal die Tradition eines Römers an einen Römer in diesem Falle quiritisches Eigentum in der Person des Empfängers zuwege brachte, so wird dies um so weniger der Fall gewesen sein, wenn der Tradent ein Peregrine war.

Zur Unterstützung der hier vorgetragenen Sätze möchte ich mich berufen auf eine vielbesprochene Stelle Papinians, fr. 57 mand. 17, 1, von der ich nicht weiß, ob sie nach dieser Richtung hin schon benutzt worden.

Ein Sklavenhändler hat jemand den Auftrag erteilt, Sklaven, die er in der Provinz aufkaufen werde bzw. aufgekauft habe, zu verkaufen. Der Beauftragte stirbt, die Erben desselben führen aber den Auftrag aus: quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, seruos uendiderunt.

Der Auftrag ist durch den Tod des Beauftragten erloschen, die Erben haben mithin ohne Auftrag eine fremde Sache verkauft. Aber sie befanden sich in gutem Glauben, wenn derselbe auch durch einen Rechtsirrtum hervorgerufen war. Insofern lagen mithin die Bedingungen vor für eine Usukapion: siehe Erkl. 30 unter 1 zu II, 50 S. 180; und diese ist durch Zeitablauf bei den Käufern eingetreten.

Der Sklavenhändler kehrt zurück aus der Provinz. Kann er klagen, und welche Klage steht ihm zu Gebote?

Da der Kauf in der Provinz stattfand, ist anzunehmen, daß er von Peregrinen die Sklaven kaufte. Und selbst wenn der Sklavenhändler ein Römer war, erwarb er an Sklaven, die zu den res mancipi zählten, durch Tradition kein Eigentum; vielmehr nur Usukapionsbesitz. Zum Schutze derselben stand ihm die Publiciana zu. Auf diese Klage wird er hingewiesen, die Usukapionszeit wird also noch nicht abgelaufen gewesen sein: uenaliciarium ex prouincia reuersum Publiciana actione non inutiliter acturum.

Man möchte vielleicht einwenden: der Begriff res mancipi könnte sich auf diejenigen Sklaven beschränkt haben, welche

sich im quiritischen Eigentum eines römischen Bürgers befanden. Aber jedenfalls war der Peregrine nicht fähig, einem römischen Bürger durch Tradition an einem Sklaven quiritisches Eigentum zu verschaffen. Wir gelangen also nicht zu einem glatten ex iure Quiritium meum esse und müssen uns mit einer **Publiciana** zufrieden geben.

Und diese Publiciana ist auch kräftig genug; sogar so kräftig, daß ihr gegenüber exceptio iusti dominii causa cognita versagt werden kann. Sie erfüllt demnach tatsächlich die Zwecke einer Eigentumsklage; und zwar einer Eigentumsklage, die geeignet ist, sogar das provinziale meum esse dem ex iure Quiritium meum esse gegenüber in Schutz zu nehmen.

42. Sonstige Erwerbsarten des ius naturale bzw. gentium. II, 66—79.

Das ius gentium, welches die naturalis ratio erzeugt, nennt Gajus auch ius naturale. Vgl. Bd. 1 Erkl. 2.

Das ius gentium ist ein schwieriger Begriff, weil darunter Verschiedenes verstanden worden. Vgl. Bd. 1 Erkl. 1.

Pernice, Z. R.R. Bd. 33 S. 138 scheidet aus ein Verkehrsrecht zwischen Römern und Peregrinen, und davon haben wir jedenfalls unsern Ausgang zu nehmen.

Die Sponsio diente dem Verkehr der Römer untereinander, die Stipulation dem Verkehr mit Fremden. Ebenso haben wir uns das Verhältnis von Nexum und Mutuum vorzustellen. Dem ius gentium gehören an die emptio uenditio wie die Tradition. Die mancipatio, in iure cessio, usucapio sind Erzeugnisse des ius proprium ciuium Romanorum und verschaffen quiritisches Eigentum.

Der Gegensatz besteht nach drei Richtungen: in bezug auf die Personen, das Rechtsgeschäft, die Wirkung des Rechtsgeschäftes.

Nun stoßen wir weiter auf folgende Entwicklung. Ein Rechtsgeschäft, das dem Verkehr mit Peregrinen diente, wird verwandt im Verkehr der Römer miteinander und äußert hier

dieselben Wirkungen wie ein ziviles Rechtsgeschäft. Ein Römer tradiert einem Römer eine res nec mancipi und überträgt auf ihn damit quiritisches Eigentum. Dagegen ein Peregrine kann bei beweglichen Sachen wohl nur Usukapionsbesitz übertragen, der durch eine Publiciana in eigenartiger Weise geschützt wurde.

Dieses Verkehrsrecht erzeugt im Laufe der Zeit die Vorstellung von einem allgemeinen Rechte, das neben dem ius proprium ciuium Romanorum in Betracht komme. Diesem allgemeinen Rechte unterstellt man dann aber auch andere Rechtssätze, die nicht gerade dem Verkehre dienen. Dies ist insonderheit die Auffassung des Gajus. Ihm ist das ius gentium nach I, 1 das Recht, quod . . apud omnes populos peraeque custoditur. Von diesem Standpunkte aus reiht er an eine Reihe verschiedener Eigentumserwerbsarten, die bis dahin von der römischen Wissenschaft stark vernachlässigt wurden. Vgl. Rtsgel. Gaj. § 32. Damit hat sich Gajus immerhin ein Verdienst um die Wissenschaft erworben. Leugnen läßt sich freilich nicht, daß die Art und Weise der Angliederung mannigfache Unklarheiten hervorgerufen hat.

Nach Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 417 sollen diese angegliederten Erwerbsarten im Verkehr der Römer mit den Peregrinen, bzw. der Peregrinen untereinander eine große Rolle gespielt haben.

Aber alluuio, insula nata, aedificare, plantare, serere usw. hat doch alles für den völkerrechtlichen Verkehr an sich wenig oder gar keine Bedeutung.

Die Hauptfrage bleibt: was ist das für ein Eigentum, das auf diese Weise entsteht?

Karlowa tritt für ein einfaches meum esse, nicht quiritisches Eigentum ein.

Von der Richtigkeit dieser Ansicht, die schon früher ihre Vertreter hatte, kann sich Czyhlarz, Forts. S. 13 nicht überzeugen. Er macht in dieser Beziehung aufmerksam auf die inaedificatio und plantatio. Nach Czyhlarz sollen diese

naturalen Erwerbsarten nicht bloß naturales, sondern auch quiritisches Eigentum erzeugen können.

Am auffallendsten dürfte sein, daß uns Gajus über die Eigenschaft des Eigentums gar nicht näher unterrichtet. Es heißt fortlaufend: nostra fiunt . . adquiruntur . . nostrum esse . . occupantis fit . . nostra esse . . fiant occupantium . . nostra fiunt . . nostrum fit . . pars tua manet . . omnium commune est . . ad eos pertinet . . nostrum fit . . meum esse . . tuam esse . . meum sit . . an tuum . . an meum . . illius res esse . . eius rem esse.

Ich ziehe aus dieser Erscheinung den Schluß: daß die Angliederung in einer Provinz erfolgt sein wird, wo es nur ein einheitliches Eigentum gab.

43. Das Beuterecht. II, 69.

Das Beuterecht wird von Gajus auf die naturalis ratio zurückgeführt und damit dem ius gentium unterstellt: siehe Gai. fr. 5 § 7 de adq. rer. dom. 41, 1. Vom allgemeinen Verkehrsrecht unterscheidet es sich freilich wesentlich: denn dieses ist ein Ausfluß des friedlichen Verkehrs, beim Beuterecht handelt es sich aber um eine gewalttätige Besitzergreifung.

Dieser Gesichtspunkt tritt deutlicher hervor IV, 16: maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Und hier haben wir nach Gajus' eignem Zeugnis die altrömische Auffassung vor uns.

Diese bildet noch in anderer Beziehung einen Gegensatz. Denn mit dem maxime sua esse wird hingewiesen sein auf das volle quiritische Eigentum, während Gajus in unserer Stelle ein einheitliches nostra fiunt vor Augen hat.

Ursprünglich wird die Beute dem einzelnen, der sie machte, gehört haben. So hat schon Ihering, Vorgeschichte, S. 399 das maxime sua esse verstanden, zeiht dann Gajus freilich eines Irrtums.

Jedenfalls ist das maxime sua esse keine Phrase, wie Puchta, Inst., Bd. 2 § 236 behaupten möchte: vgl. dagegen

Leist, Civ. Studien, Heft 3 S. 101 flg.; G. J.R. S. 451 flg.; Czyhlarz, Fortſ., S. 33 flg.

Später fällt dann freilich die Beute ins Eigentum des Staates: siehe darüber Soc. publ. S. 146 flg. Aber der Erwerb des Einzelnen vom Staate wird noch bei Varro rer. rust. 2, 10 § 4 den Erwerbsarten des quiritischen Eigentums angereiht: aut si e praeda sub corona emit; tumue cum in bonis sectioneue cuius publice ueniit.

Andererseits ist der Beuteerwerb nichts dem römischen Rechte Eigentümliches; er findet sich auch bei anderen, und wohl allen Völkern des Altertums. In diesem weitern allgemeinen Sinne ließ sich demnach auch das Beuterecht dem ius gentium unterstellen.

44. Die Eigentumsklage bei Erweiterung des Eigentums. II, 76.

Es heißt II, 76 Sed si ab eo petamus fructum. Dieses fructum hat Huschke, Gajus, S. 35 in fundum verwandelt. Es ist beibehalten von Seckel und Kübler in der sechsten Auflage, und ebenso hält Paul Krüger in der fünften Auflage daran fest. Wegen der sonstigen Herausgeber verweise ich auf Dubois. Es bedarf keiner Aenderung: fructum gibt vielmehr einen besseren Sinn als fundum.

Vorausgesetzt wird eine Eigentumsklage, die sich miterstreckt auf das, was zum Grundstücke hinzugekommen. Das Hinzugekommene ist entweder Frucht oder ein Gebäude. Die Frucht weist uns hin auf das in § 75 erwähnte, aus Saat gewonnene Getreide. Außerdem wird in § 74 die Pflanze erwähnt. Eine Pflanze, z. B. ein Baum, ist nicht schon schlechthin Frucht: vgl. Dernburg, Pand., Bd. 1[4] § 78. Es ist dann aber weiter von Baumschulen, seminaria, die Rede. Was eine Baumschule abwirft, ist allerdings als Frucht zu betrachten.

Die Eigentumsklage wegen eines Grundstückes umfaßt an sich auch das Gebäude, das darauf gewachsene Getreide, die Baumschule, sofern die Setzlinge Wurzel geschlagen haben. Bei

der Aussaat ist ein Wurzelschlagen nicht einmal erforderlich: Czyhlarz, Zur Lehre vom Eigentumserwerb, S. 12 flg. Indessen trotz Eigentumserwerbes steht es dem Kläger natürlich frei, dem Besitzer zu gestatten, daß er das Gebäude wieder niederreiße, das Getreide ernte, die Baumschule entferne. Läßt sich der Eigentümer hierzu nicht bereit finden, so kann der Besitzer mittels exceptio doli mali erreichen, daß ihm die Aufwendungen vergütet werden, die ihm die Herstellung des Gebäudes, die Anlegung der Baumschule, die Aussaat verursachten.

Jedenfalls wenn er ein gutgläubiger Besitzer ist. Wie es sich mit einem bösgläubigen Besitzer verhalten möge, diese Frage unterwirft Gajus hier keiner näheren Prüfung. In seinen libri cott. rer. fr. 7 § 12 de adq. rer. dom. 41, 1 wird dem bösgläubigen Besitzer die Einrede versagt. Dem entspricht I. I. § 30 de rer. diu. II, 1.

So wie Gajus die Sache darstellt, müssen wir annehmen, daß der Eigentümer die exceptio doli mali vermeiden kann, wenn er dem Besitzer die Wegnahme gestattet. Damit steht nicht in Einklang Ulp. fr. 37 de rei uind. 6, 1, der sogar dem bösgläubigen Besitzer ein Recht auf Wegnahme zuspricht. Freilich könnte der Schlußsatz sed hoc . . posuit erst später hinzugefügt sein, wie Paul Krüger zu dieser Stelle mit Anton Faber annimmt.

Jedenfalls sind wegen der hier einschlagenden Fragen die römischen Rechtsgelehrten keineswegs einerlei Meinung gewesen. Mancherlei Unterscheidungen macht Celsus fr. 38 de rei uind. 6, 1. Die Stelle ist ebenfalls von Verschiedenen verdächtigt worden. Vgl. darüber Kalb, Jagd nach Interpolationen, S. 17 flg.; Jahresbericht 1901 S. 67. Bedenklich ist allerdings constituimus. Vielleicht schrieb Celsus: constituet uero iudex.

45. Cartulae und membranae. II, 77.

Die Buchform, der Buchkodex, hat sich entwickelt aus den römischen Wachstäfelchen. Dieselben treten uns als Diptychon

und Triptychon entgegen. Die ältere Form ist das Diptychon. Zwei Tafeln waren so miteinander verbunden, daß sie wie ein Buch aufgeschlagen werden konnten. Siehe die Abbildungen bei Bruns[7] S. 423—432.

Die Wachstäfelchen in ihrer Verbindung heißen codex, die einzelnen Täfelchen tabulae, cerae.

Die Wachstäfelchen werden ersetzt durch das Pergament. An die Stelle der cerae treten die membranae.

Gai fr. 10 § 2 de ed. 2, 13 sagt von einem Bankier: ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat. Neben dem alten aus Holztäfelchen bestehenden codex führen die Bankiers also auch Pergamentbücher.

Desgleichen werden auf Pergament sonstige Bücher geschrieben. Derartige membranae kennt schon C. Cassius Longinus: Ulp. fr. 52 § 4 leg. 3.

Neben dem Pergamentkodex taucht dann noch auf die Papyrusrolle und der Papyruskodex, die charta bezw. chartula.

Als Inhalt solcher chartae bezw. membranae, der möglicherweise mit goldenen Buchstaben geschrieben sein könne, gibt Gai. libro sec. rer. cott. fr. 2 § 1 de adq. 41, 1 uns an: carmen nel historiam uel orationem.

Diese Angabe wird bestätigt durch neue Funde in Aegypten.

Kenyon, Journal of philology, Bd. 22 S. 247 flg. veröffentlicht ein Doppelblatt eines Pergamentkodex, anscheinend aus dem zweiten Jahrhundert n. Chr., das verschiedene Paragraphen aus der Rede des Demosthenes περὶ παραπρεσβείας enthält.

Ferner ist der Pergamentkodex des dritten Jahrhunderts vertreten durch ein Stück Odyssee, Buch 15 V. 161—181 u. 189—210: Amherst papyri II n. 23; ein Teilchen aus des Demosthenes zweiter Philippika §§ 1 u. 5: Amh. pap. II n. 24; und ein Bruchstück aus einem lateinischen Historiker, vielleicht Trogus Pompejus: Oxyrhynchus papyri I. n. 30.

Vgl. über dies alles Gerhard, Neue Heidelberger Jahrbücher, Bd. 12 S. 141 flg.

Bemerkenswert, daß in unserer Stelle nur der cartulae und membranae gedacht wird; die Wachstäfelchen treten schon mehr zurück.

46. Beschränkung der Veräußerungsbefugnis bei Unmündigen und Frauen. II, 80—85.

I. Der Unmündige kann nur veräußern, wenn der Vormund mitwirkt; bei mündigen Frauen beschränkt sich die Mitwirkung des Vormundes auf die res mancipi.

1. Von diesem II, 80 vorgetragenen Satze wird dann eine Anwendung auf das Darlehn gemacht: II, 81. 82. Da Geld mit zu den res nec mancipi gehört, überträgt eine Frau, die ein Darlehn gewährt, auf den Empfänger Eigentum und verpflichtet ihn zur Rückzahlung. Dagegen ein Unmündiger behält Eigentum am Gelde und begründet keine Darlehnsverpflichtung. Wie wird es hier, wenn der Empfänger das Geld gebraucht hat? Gajus begnügt sich mit Aufwerfung dieser Frage und Angabe des Zweifelsgrundes.

2. Weiter wird von § 83 ab die Zahlung an den Unmündigen bzw. die mündige Frau ohne Mitwirkung des Vormundes ins Auge gefaßt. Beide erlangen zwar Eigentum des Geldes, der Schuldner der Frau wird auch frei; dagegen der Schuldner des Unmündigen nur, soweit dieser reicher geworden.

II. Schon Erkl. 37 habe ich darauf hingewiesen, daß diese quinta regula sich sachlich anschließt dem § 64.

1. Vorauf geht bereits ein anderer Zusatz des Gajus in den §§ 65—79, der sich der Tradition anlehnt.

Die Vorlage des Gajus behandelte vor allen Dingen die zivilen Erwerbsarten des Eigentums: mancipatio, in iure cessio, usucapio. Angereiht war in den §§ 19. 20 bereits die Tradition der res nec mancipi; und das hatte insofern seine Berechtigung, als eine derartige Tradition unter römischen Bürgern quiritisches Eigentum zuwege brachte.

Andererseits gehörte die Tradition ihrem Ursprunge nach dem ius naturale bzw. gentium an. Dies hebt Gajus § 65

hervor und beginnt § 66 damit, anderweitige Erwerbsarten des ius gentium zu behandeln.

Die Vorlage, die, in Anlehnung an die Einteilung in res mancipi und nec mancipi II, 18, im folgenden § 19 mit den Eigentumserwerbsarten beginnt, schließt ab im § 61 mit einer Unterart der usucapio, der usureceptio.

2. Gajus hat nun mit seinen beiden Anhängen gewartet bis nach dem § 64. Wie die Vorlage zuerst die Eigentumserwerbsarten berücksichtigte und erst danach sich mit der Veräußerungsbeschränkung beschäftigte, so behandelt auch Gajus zunächst in den §§ 65—79 das eine und in §§ 80—85 das andere.

Daran sehen wir wiederum deutlich, daß wir es nicht mit einem einheitlich gearbeiteten Lehrbuche zu tun haben. Denn dann wäre doch wohl der Inhalt der §§ 80—85 mit den §§ 62—64 verbunden, und der Inhalt der §§ 65—79 schon vor dem § 62 angeschlossen worden.

3. Um hier eine Einheitlichkeit zu schaffen, hat man daher die §§ 62—64 zwischen die §§ 79 und 80 versetzt. Auf diese Weise ist einerseits der Inhalt der §§ 80—85 mit den §§ 62—64 verbunden, und andererseits der Inhalt der §§ 65—79 schon vor dem § 62 angeschlossen worden.

Indessen wenn man einmal eine Einheitlichkeit herstellen wollte, so fragte sich doch wohl: ob es genüge, den § 65 unmittelbar auf den § 61 folgen zu lassen. Denn den Anknüpfungspunkt findet Gajus ausgesprochenermaßen in der Tradition, im § 61 ist aber von usureceptio die Rede.

Einen Fortschritt auf dem Wege zur Einheitlichkeit bedeutet daher jedenfalls das Verfahren von Polenaar. Er läßt den § 80 ebenfalls auf § 64 folgen, während die dazwischen liegenden §§ 65—79 bereits dem von Tradition handelnden § 41 angeschlossen sind.

Vielleicht kann man dieses Verfahren aber auch einen Fortschritt auf dem Wege der Willkür nennen, indem die eigenartige Anreihung, die Gajus hier vornimmt, als Beweis dafür

mit gelten kann: daß wir es gar nicht mit einem einheitlich gearbeiteten Lehrbuche zu tun haben.

4. Gajus hat sich noch einmal mit den Eigentumserwerbsarten im zweiten Buche seiner res cottidianae beschäftigt. Ich habe hiervon bereits gehandelt Rtsgel. Gaj. S. 110 flg. und bemerkte damals schon: 'während Gajus in den Institutionen sich einem überlieferten Systeme anpassen mußte, tritt er in seiner Jurisprudenz des täglichen Lebens mehr als selbständiger Systematiker auf'.

III. Die Tradition einer res mancipi, welche eine Frau vornimmt, hat schon einmal den Gegenstand unserer Betrachtung gebildet: Erkl. 29 zu II, 47.

Die Ersitzung derartiger Sachen sollte nur stattfinden, wenn die Agnatenvormünder bei der Tradition mitgewirkt hatten.

Der ganze Paragraph wird freilich nichts anderes sein als eine Umarbeitung, die ein Nachgajaner mit einem Satze vornahm, den er damit der Vergangenheit überweisen wollte.

Und dieser umgearbeitete Satz könnte etwa gelautet haben: Res mulieris, quae in agnatorum tutela sunt, usucapi non possunt, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traderentur.

Der Satz hat bereits einen andern zu seiner Voraussetzung: Frauen, die sich in Vormundschaft ihrer Agnaten befinden, dürfen nichts veräußern, insonderheit nicht manzipieren ohne Mitwirkung ihrer Vormünder.

Die betreffende Zwölftafelstelle lautete etwa: De tutela legitima, in qua sunt mulieres, nihil potest sine omnium tutorum aúctoritate deminui usucapi.

Dieses ältere Recht kommt in unserm Lehrbuche nicht mehr zum Vorschein. Es hat wesentliche Umgestaltungen erfahren, wovon ich Erkl. 29 näher gehandelt habe. Gajus begnügt sich damit, zwei Hauptpunkte hervorzuheben. Die Mitwirkung des Vormundes beschränkt sich auf die Veräußerung von res mancipi, sie ist aber nicht bloß bei der Agnatenvormundschaft, sondern bei jeder Vormundschaft erforderlich.

IV. Auf Grund der potestas, welche dem curator furiosi nach dem Zwölftafelrechte V, 7 a zukam, entwickelte sich der Satz: agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest. Siehe II, 64 und dazu Erkl. 38.

Diese Veräußerungsbefugnis haben wir von Haus aus aufzufassen als ein selbständiges Recht, das der Kurator im eignen Namen ausübt. Indem man diesen Satz aber später beibehielt, ist daraus geworden ein Fall unmittelbarer Stellvertretung, für dessen Zulassung das Interesse des Geisteskranken entscheidend war.

1. Nun erscheint in alter Zeit die Agnatenvormundschaft ebenfalls als ein Recht der Agnaten, das sie im eignen Namen ausüben. Insonderheit ersehen wir aus den Bestimmungen der lex Hostilia, I. I. IV, 10 pr., daß der Vormund in alter Zeit für den Mündel klagend auftreten durfte: siehe Soc. publ. S. 316. So könnte es denn in alter Zeit einen Satz gegeben haben: agnatus pupilli tutor rem pupilli alienare potest. Hätte man hieran festgehalten, so würde man, ebenso wie beim Geisteskranken, später hier ebenfalls bei der Veräußerung zu einer unmittelbaren Stellvertretung gelangt sein, wobei das Interesse des Mündels zu berücksichtigen war. In gewisser Weise ist das auch geschehen, aber ganz glatten Verlauf hat die Sache nicht genommen.

2. Die römische Wissenschaft hat sich in die unmittelbare Stellvertretung im allgemeinen nicht recht zu finden gewußt und sie nach Möglichkeit zurückgedrängt. Dieser Standpunkt macht sich auch hier geltend. Demnach erscheint bei der Veräußerung der Unmündige als die Hauptperson, dessen Geschäftsfähigkeit nur insofern eine beschränkte, als er der Mitwirkung des Vormundes bedarf. Dies gilt für res mancipi wie nec mancipi: Gai. II, 80; Ulp. 11, 27.

Nicht bloß das Eigentum, auch der Besitz kommt hier in Betracht: Marcianus fr. 11 de adq. rer. dom. 41, 1; Ulp. fr. 29 § 1 de adq. u. am. 41, 2. Anders stehen in dieser Beziehung die mündigen Frauen da: vgl. Erkl. 29.

Insonderheit entsteht kein Ersitzungsbesitz, wo die Mitwirkung des Vormundes fehlt; es müßte denn der Erwerbende sich in gutem Glauben befinden: er hielt z. B. einen mitwirkenden Nichtvormund für einen wirklichen Vormund. Vgl. Gai. fr. 13 § 2 de Publ. 6, 2; Paul. fr. 27 de contr. emptione 18, 1. Insofern verhält es sich bei den Unmündigen wieder ebenso wie bei den mündigen Frauen: siehe Erkl. 29.

Der Mündel läßt frei unter Mitwirkung des Vormundes: Pomp. fr. 1 de man. uind. 40, 2; Paul. ad Neratium ebenda fr. 24; Gai. fr. 9 § 1 de auct. 26, 8. Selbst wenn die Freiheit auf einem Fideikommisse beruht: Ulp. fr. 30 § 3; Mod. fr. 11 de fid. lib. 40, 5.

Hingabe eines Darlehns bedarf der Mitwirkung des Vormundes: Gai. fr. 9 pr. de auct. 26, 8; Ulp. fr. 3 § 2 de S. C. Mac. 14, 6.

Ebenso verhält es sich mit Bezahlung einer Schuld: Gai. fr. 9 § 2 de auct. 26, 8; Ulp. fr. 14 § 8 de sol. 46, 3. Hier kann indes durch Gebrauch des Geldes Befreiung eintreten. Fehlt dagegen bei Bezahlung einer Nichtschuld die Mitwirkung des Vormundes, so entsteht unter allen Umständen ein Rückforderungsanspruch: Ner. fr. 41 de cond. ind. 12, 6; Ulp. fr. 29 ebenda.

V. Die auctoritas des Vormundes, herzuleiten von augere, ist ein Vermehren, das immerhin schon einige Geschäftsfähigkeit in der Person des Unmündigen voraussetzt. In dieser Beziehung sind die Römer recht weit gegangen.

Der Unmündige darf kein infans mehr sein. Vgl. Paul. fr. 24 de manum. uind. 40, 2: qui infans non est. Das ist von Haus aus wörtlich zu verstehen von einem Kinde, das noch nicht sprechen kann. Vgl. Paul. fr. 24 pr. de adm. tut. 26, 7: si tamen nondum fari pupillus potest; Ulp. fr. 30 §§ 2. 4. 6 de fid. lib. 40, 5: qui fari non potest.

Damit wäre im allgemeinen die Grenzlinie gegeben, die aber in einzelnen Fällen, wo Verpflichtungen auf einem Erwerbe beruhen, noch überschritten wurde.

So soll nach Julian fr. 13 de auct. 26, 7 die Begründung einer Darlehnsschuld in der Person des Unmündigen, wo es sich mithin für diesen um Erwerb von Geld handelt, unter Mitwirkung des Vormundes auch in der Weise möglich sein, daß das Kind schweigt: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamuis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. Und ebenso soll die Zahlung einer Nichtschuld an ein schweigendes Kind bei Mitwirkung des Vormundes eine Verpflichtung zur Rückzahlung in der Person des Kindes begründen. Also das Wickelkind muß dabei sein, wenn der Vormund für dasselbe ein Darlehn aufnehmen will; und ebenso ist die Gegenwart des Wickelkindes nötig, wenn durch Zahlung einer Nichtschuld dasselbe verpflichtet werden soll.

Was bei einem schweigenden Kinde soll nach Ulpian fr. 6 pr. de tutelis 26, 1 auch bei einem stummen zulässig sein: sed an auctoritas eis accomodari possit, dubitatur; et si potest tacenti, et muto potest.

Mäcianus fr. 67 § 3 ad S. C. Treb. 36, 1 findet keine Schwierigkeit dabei, eine Erbschaft an ein Kind, das nicht sprechen kann, herauszugeben; und stellt dasselbe auf gleiche Stufe mit einem mündigen Stummen, der dies will: si quidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impedietur, quam in muto pubere uolente sibi restitui hereditatem.

Also zur Herausgabe einer Erbschaft genügt, wenn nur das Wickelkind, dem dieselbe zugedacht, zugegen ist; der Vormund kommt daneben nur als Mitwirkender in Betracht.

Ich habe von dieser Restitution einer Erbschaft näher gehandelt Rtsgel. Gaj. S. 265 flg. Ursprünglich war Manzipation erforderlich, die später einem recht bequemen Verfahren Platz machte.

Bei der Veräußerung scheint man zwar über das sprechende Kind nicht hinausgegangen zu sein. Aber mit einem solchen Kinde ist auch noch nicht allzuviel anzufangen.

Insonderheit reicht diese Möglichkeit, eine Veräußerung vorzunehmen, nicht aus, wo ganze Geschäftsbetriebe in Frage

stehen. Z. B. das Vermögen des Mündels besteht im wesentlichen aus einem Reederei- und Verfrachtungsgeschäft. Hier wird vom Mündel unter Mitwirkung des Vormundes ein Schiffskapitän angestellt, der auch die Veräußerungen, die der Betrieb mit sich bringt, vorzunehmen hätte. Vgl. Ulp. fr. 1 § 16 de exerc. 14, 1: pupillus autem si nauem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem. Einem Ladengeschäfte kann ein Institor vorgesetzt werden: Ulp. fr. 7 § 1 de inst. 14, 3. Ferner ist möglich die Bestellung eines Prokurators. Paul. fr. 24 pr. de adm. tut. 26, 7: pupillus . . ut procuratorem facere possit.

Also es kann geholfen werden durch einen Generalbevollmächtigten.

VI. Wesentlich anders steht der Vormund für sich da. Was das kleine Mündel, dem ein Vormund zur Hand geht, bewirken kann, dazu fehlt dem Vormund als solchem die Befugnis. Wie er denn auch nicht aus eigner Machtvollkommenheit veräußern darf. Insofern unterscheidet er sich wesentlich von einem curator furiosi. Dies hebt deutlich hervor Iul. lib. 22 dig. fr. 57 § 4 de furt. 47, 2, der im Gegensatz zum tutor vom curator furiosi sagt: qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur.

VII. Nun mußten aber Schwierigkeiten entstehen, wenn der Mündel abwesend war oder noch nicht sprechen konnte.

Einen Fall dieser Art bringt uns Ulp. fr. 30 § 6 de fid. lib. 40, 5. Miterben eines Kindes, qui fari non potest, ist das Fideikommiß auferlegt, Sklaven freizulassen. Dazu bedürfen sie mit des Anteiles, welcher dem Kinde gehört. Ein solches Kind kann aber nicht verkaufen. Hier griff ein S. C. Vitrasianum ein, und in Anlehnung an dasselbe verfügte Antoninus Pius: daß nach Abschätzung des dem Kinde gehörenden Anteiles die Freilassung vor sich gehen könne; die Miterben sollten aber zur Zahlung dieser Schätzungssumme verpflichtet sein, wie wenn sie dazu dem Kinde verurteilt wären.

Durchgreifender ist die Abhülfe, welche Paul. fr. 24 pr. de adm. tut 26, 7 angibt: si tamen nondum fari pupillus potest, ut procuratorem facere possit, aut absens sit, tunc actor necessario constituendus est.

Von einem solchen actor heißt es zu Anfang der Stelle: Decreto praetoris actor constitui periculo tutoris solet.

Einen solchen actor werden wir als unmittelbaren Stellvertreter des Mündels zu betrachten haben, der insonderheit zu Veräußerungen berechtigt war: denn sonst würde auf diese Weise die Schwierigkeit nicht gehoben sein.

VIII. Aber trotz alledem wird es vorgekommen sein, daß ein Vormund Sachen einseitig veräußerte. Ich will in dieser Beziehung zuvörderst die Stellen einer näheren Betrachtung unterziehen, die Rudorff, Vormundsch. Bd. 2 S. 386 Anm. 11 zusammengestellt hat.

Paul. fr. 12 § 1 de adm. tut. 26, 7: Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani et Hadriani; et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam uindicare non potest.

Also wenn ein Vormund einseitig Sachen des Mündels verkaufte, so war ein solcher Kauf keineswegs unheilbarer Nichtigkeit verfallen. Dies nur dann, wenn der Vormund bösgläubig gehandelt hatte: si mala fide alienatio non valet. Hat er in gutem Glauben gehandelt, d. h. wie ein vernünftiger Mann fremdes Vermögen zu verwalten pflegt, so soll der Verkauf aufrecht erhalten werden: si bona fide res gesta sit, seruanda sit.

Diese Aufrechterhaltung geschah durch ein ratum habere. Die Prüfung wird vermutlich dem Prätor obgelegen haben. Wenn der Mündel das Eigentum an derartig verkauften Sachen geltend machen wollte, so gewährte oder versagte, je nach Befund, der Prätor die uindicatio. Voraussetzung war eine res legitime distrata. Das legitime kann sich dem zusammenhange nach nur auf die Form beziehen. Also bei res mancipi genügte nicht die Tradition, es mußte vielmehr Manzi-

pation bzw. in iure cessio stattfinden. Demnach konnte auf diese Weise volles quiritisches Eigentum an res mancipi übertragen werden.

Hätte dagegen der Vormund eine res mancipi bloß tradiert, so erlangte der Käufer nur Ersitzungsbesitz. Dieser setzte aber ebenfalls voraus, daß der Vormund in gutem Glauben zu Werke ging. Vgl. Iul. fr. 7 § 3 pro empt. 41, 4: Si tutor rem pupilli subripuerit et uendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat; nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat. Vgl. Paul. fr. 27 de adm. tut. 26, 7.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch zu betrachten Scaeu. fr. 67 de rei uind. 6, 1: A tutore pupilli domum mercatus ad eius refectionem fabrum induxit; is pecuniam inuenit. Quaeritur, ad quem pertineat. Respondi, si non thesauri fuerunt rel.

Die Stelle macht den Eindruck, als ob ein Respondi, si thesauri fuerunt, rel. gestrichen wäre. Denn das Respondi, welches überliefert, macht einen ziemlich selbstverständlichen Eindruck. Für einen Schatz kam es aber darauf an, wer als Eigentümer des Grundstückes zu betrachten ist: I. I. II, 1 § 39. Und dies hing wiederum davon ab, wie der Prätor zu Werke ging, ob er den Verkauf des Vormundes bestätigte oder nicht. Nach Mitteis Bd. 1 S. 209 Anm. 17 'ist entweder der Mündel als mithandelnd gedacht oder bloße Verschaffung des bonitarischen Eigentums gemeint'. Das erstere widerstreitet dem Wortlaute: a tutore pupilli domum mercatus; die zweite Voraussetzung ist jedenfalls nicht notwendig.

In c. 16 de adm. tut. 5, 37 vom Jahre 293 ist uindicare dominium a possidentibus non prohiberis das Gegenstück zum uindicare non potest bei Paul. fr. 12 § 1 D. 26, 7. Eine Veräußerungsbefugnis ist den Vormündern administrationis tantum causa verliehen; sie dürfen im allgemeinen nicht Sachen des Mündels verschenken.

Nach Ulp. fr. 35 de adq. rer. dom. 41, 1 geht Eigentum auf den Empfänger nicht über, wenn der Vormund irrtümlicherweise seine Sache statt einer Sache des Mündels tradiert. Also an und für sich ist es nicht ausgeschlossen, daß ein Vormund Eigentum des Mündels überträgt.

Nach Paul. fr. 16 pr. de pign. act. 13, 7 kann ein Vormund vom Mündel nicht zur Rechenschaft gezogen werden, wenn er für eine Darlehnsschuld des Mündels, dessen Sachen verpfändete: si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit, scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat.

Diesem selbständigen Auftreten eines Vormundes bei der Verpfändung entspricht ein selbständiges Klagerecht auf Rückgabe des Pfandes. Ulp. fr. 11 § 7 de pign. act. 13, 7: si . . tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit.

Hier wäre auch wohl anzureihen Ulp. fr. 2 rem pupilli 46, 6: emendus ei seruus est.

Mitteis Bd. 1 S. 209 Anm. 17 führt noch an Ulp. fr. 10 § 1 de al. iud. mut. c. 4, 7: Si tutor pupilli uel adgnatus furiosi alienauerint, utilis actio competit, quia consilium huius fraudis inire non possunt.

Hier erscheint der Vormund des Unmündigen neben dem adgnatus furiosi, der als unmittelbarer Vertreter des Mündels veräußert. Um so weniger liegt ein Grund vor, die res mancipi von der Veräußerung auszunehmen.

Im übrigen bietet die Stelle Schwierigkeiten dar. Das competit hat schon Paul Krüger beanstandet. Aber wenn wir dieses competit auch etwa durch danda est ersetzen wollten, so wäre damit allein noch nicht geholfen. Betrachten wir die Stelle, wie sie überliefert, zunächst rein grammatisch, so müßten wir das non possunt mit dem tutor und adgnatus in Verbindung bringen; das ist aber sachlich ausgeschlossen. Also wird vor quia Verschiedenes gestrichen sein. Was mag hier gestanden haben?

Die alienatio iudicii mutandi causa facta erzeugte zwei

Rechtsmittel, die beide ihr eigenes Gebiet hatten. Der Prokonsul verhieß eine actio in factum, der Prätor gewährte Restitution: Rtsg. Gaj. S. 158 flg. Wie ich jetzt sehe, hat ähnliche Gedanken über diesen Gegenstand schon vor mir entwickelt J. Partsch, De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa facta S. 30 flg.

Die actio in factum verwirklichte einen Anspruch aufs Interesse. Es wäre nicht einzusehen, warum eine derartige Klage nicht gegen einen Vormund hätte gegeben werden sollen, der arglistig handelte.

Also werden wir hingewiesen auf die Restitution. Dazu stimmt, daß die Stelle dem Ulpianschen Ediktskommentare entnommen; und zwar wird mit Paul Krüger statt des überlieferten libro duodecimo in der Ueberschrift libro tertio decimo zu lesen sein.

Die Sache liegt demnach so. Ein Vormund hat eine Sache verkauft, um seinen Mündel vor einem Prozesse zu wahren. Ist alles klipp und klar, so steht nichts im Wege, die Restitution sofort ins Werk zu setzen: der Mündel erhält die Sache zurück und muß das erhaltene Geld wieder herausgeben. Bedurfte das Tatsächliche näherer Prüfung, so wird damit ein Richter betraut sein. Eine derartige Klage tritt uns als praetoria actio entgegen bei Iul. fr. 24 § 1 com. diu. 10, 3; und an eine solche Klage werden wir auch hier zu denken haben. Vielleicht an eine Präjudizialformel von etwa folgender Fassung: an pupillus, quod tutor fecisset, ne cum eo formula petitoria ageretur, A° A° pristinam iudicii causam arbitratu tuo restituat.

IX. Ich möchte noch hinweisen auf den Inhalt der oratio Seueri vom Jahre 195, wie er uns entgegentritt bei Ulp. fr. 1 § 2 de reb. eorum 27, 9: Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica uel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento uel codicillis cauerint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit

exsolui, tunc praetor urbanus uir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possessiones (so schreibt Lenel statt possunt) alienari obligariue debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. Si communis res erit et socius ad diuisionem prouocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil nouandum censeo.

Wir haben es hier zu tun mit einem Veräußerungsverbote: interdicam sagt der Kaiser. Gegenstand desselben sind landwirtschaftliche Grundstücke: praedia rustica uel suburbana. Verboten wird tutoribus et curatoribus. Unter den curatores verstand man vor allen Dingen die curatores minorum, begriff aber auch mit den curator furiosi und andere: Ulp. fr. 8 § 1 de reb. eor. 27, 9.

Der Vormund wirkt entweder mit oder veräußert allein. Beiderlei Handlung fällt unter das Verbot: Rudorff, Vormundschaft Bd. 2 S. 395. Da aber von einer Tätigkeit des Mündels gar keine Rede, werden wir vor allen Dingen hingewiesen, auf das Alleinhandeln des Vormundes. Diese Veräußerung durch den Vormund allein wird also damals im Geschäftsleben schon die Regel gebildet haben.

Was jetzt verboten, war früher erlaubt. Also eine Alleinveräußerung durch den Vormund war früher schon gestattet; und ist es insoweit geblieben, als der kaiserliche Erlaß dies nicht änderte. Der Umfang dieser Alleinveräußerung war durch ältere Reskripte der Kaiser Trajan und Hadrian näher geregelt, worüber uns Auskunft gibt Paul. fr. 12 § 1 de adm. tut. 26, 7. Mit diesen Reskripten werden wir demnach unsere oratio in Verbindung bringen müssen, um von der Entwicklung, die sich hier vollzog, ein deutliches Bild zu gewinnen.

Nach den Reskripten konnte der Vormund Sachen des Mündels allein veräußern, wenn er in gutem Glauben handelte. Auf solche Weise übertrug er freilich auf einen Käufer noch kein Eigentum. An und für sich war mithin der Mündel zum

uindicare berechtigt. Diese Berechtigung hörte aber auf, sobald der Prätor das Geschäft genehmigt hatte. Zu einer solchen Genehmigung wird es aber wohl nur dann gekommen sein, wenn der Mündel Miene machte, sein Eigentum zu beanspruchen.

Wesentlich anders verhält es sich nach der oratio, soweit das Verbot reicht.

Landwirtschaftliche Grundstücke darf der Vormund allein veräußern, sofern die Eltern des Mündels dies im Testament oder Kodizill bestimmt haben.

Außerdem bezieht sich das Verbot nur auf den freiwilligen Verkauf; also nicht auf den Fall, wenn es zum Verkaufe kam, weil ein Miteigentümer die Teilung beantragt hatte: si communis res erit et socius ad diuisionem prouocet.

Das Verfahren, welches uns bei Ulp. fr. 30 § 6 de fid. lib. 40, 5 entgegentritt und auf ein S. C. Vitrasianum zurückgeht, verwirklicht in etwas anderer Weise denselben Grundgedanken. Vgl. darüber oben unter VII.

Ebenso mußte sich der Mündel den Verkauf eines Pfandgläubigers gefallen lassen, wenn schon der väterliche Erblasser das Pfand bestellt hatte. Von diesem Falle war bereits die Rede Erkl. 40.

Im übrigen sollte eine Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke regelmäßig nur zulässig sein schuldenhalber: si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolui. In diesem Falle hatte dann der praetor urbanus zu bestimmen: quae possessiones alienari obligariue debeant.

47. Rückblick und Ergänzung. II, 47. 62—64. 80—85.

Mit dem § 62 wird ein neuer Abschnitt eingeleitet. Zuweilen, heißt es hier, fehlt einem Eigentümer die Veräußerungsbefugnis; andererseits gibt es Fälle, wo sie einem Nichteigentümer zusteht.

Hätten wir ein einheitlich gearbeitetes Lehrbuch vor uns, das uns den Rechtszustand zur Zeit des Gajus widerspiegelte, so könnten wir wohl erwarten: daß uns die Ausnahmen nach beiderlei Richtung in Anlehnung an den § 62 in einer gewissen Vollständigkeit vorgeführt würden. Das ist aber keineswegs der Fall.

1. Was die dem Eigentümer fehlende Veräußerungsbefugnis anbetrifft, so werden wir im § 63 hingewiesen auf das Dotalgrundstück.

Es gab aber noch andere Veräußerungsverbote dieser Art, z. B. in Bezug auf den fundus litigiosus. Vgl. darüber Bachofen, Ausgewählte Lehren, S. 57 flg.; Schröder, Veräußerungsverbote, S. 45 flg. Davon handelt Gajus ebenfalls, aber an einer ganz anderen Stelle: IV, 117[a]. Und dieser Paragraph bildet in der Hs. einen besonderen Absatz, scheint also erst später nachgetragen zu sein.

2. Für die Veräußerungsbefugnis des Nichteigentümers bringt der § 64 drei Beispiele.

Der curator furiosi konnte Sachen des Geisteskranken veräußern, insonderheit manzipieren, und wird auch wohl von der in iure cessio nicht ausgeschlossen sein. Vgl. Erkl. 38.

Beim Prokurator dürfte ebenfalls kein Grund vorliegen, ihn von der mancipatio bzw. in iure cessio fern zu halten: siehe Erkl. 39.

Dagegen der Pfandgläubiger wird auf die Tradition beschränkt gewesen sein. Vgl. Dernburg, Pfdrt., Bd. 2 § 110; Girard-v. Mayr S. 849.

3. Eine Mittelstellung nimmt die mündige Frau ein. Die Frau darf veräußern, insonderheit manzipieren, aber der Vormund muß mitwirken. In dieser Beziehung ist uns noch ein Stück altes Recht II, 47 überliefert, das freilich ein Nachgajaner schon der Vergangenheit überwiesen hat. Vgl. Erkl. 29.

4. Neueres Recht hat Gajus in den §§ 80—85 angeschlossen, indem er die mündige Frau dem unmündigen Kinde gegenüberstellt.

Bei der Frau kommen allerdings nur die res mancipi in Betracht, während beim unmündigen Kinde die res nec mancipi nicht ausgenommen sind. Aber neben beiden erscheint der Vormund als ein Mitwirkender.

Ob von Haus aus der agnatus pupilli eine solche Stellung einnahm, ob er nicht vielmehr in ähnlicher Weise, wie ein agnatus furiosi auftrat: ist mir einigermaßen zweifelhaft, da diese Angliederung an die mündige Frau ganz merkwürdige Erscheinungen hervorrief.

Eine Mitwirkung des Vormundes setzt bereits Handlungsfähigkeit in der Person des Bevormundeten voraus. Diese nahm man schon in dem Zeitpunkte an, wo das Kind sprechen konnte. Ein solches Kind ließ man dann einen Schiffskapitän, einen Institor anstellen, einen Prokurator ernennen. Aber alle Schwierigkeiten waren auf diese Weise doch nicht beseitigt; denn wie nun sollte man verfahren, solange das Kind noch nicht sprechen konnte?

Nach Paul. fr. 24 pr. de adm. tut. 26, 7 wurde decreto praetoris ein actor ernannt. Diesen können wir nicht anders auffassen als einen unmittelbaren Stellvertreter des Kindes, der auch kaum auf die Tradition beschränkt gewesen sein wird.

5. Aber ganz abgesehen von den nichtsprechenden Kindern; auch das will mir nicht in dem Sinn, daß die sprechenden Kinder im Geschäftsleben der Römer eine große Rolle gespielt hätten. Die Vormünder werden die Veräußerungen regelmäßig allein vorgenommen haben. Und daß solche Veräußerungen nicht notwendig unheilbarer Nichtigkeit anheim fielen, verhinderten Reskripte von Tarjan und Hadrian: Paul. fr. 12 § 1 de adm. tut. 26, 7.

Davon erfahren wir freilich nichts aus den Institutionen des Gajus.

6. Bemerkenswerter dürfte sein, daß Gajus in den Institutionen eine Hauptregel ganz fortgelassen hat, die er in seinen res cottidianae bringt, und die in Justinians Institu-

tionen II, 1, § 42 Aufnahme gefunden hat. Sie bezieht sich auf die Tradition und lautet fr. 9 § 4 de adq. rer. dom. 41, 1: Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an uoluntate eius aliquis (I. I. alius).

48. Fortsetzung. Stellvertretung bei der mancipatio und in iure cessio.

Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 203 flg. schließt die unmittelbare Vertretung grundsätzlich aus bei der mancipatio und in iure cessio. Andererseits soll dieser Ausschluß entspringen 'dem antiken Formalismus'.

Meines Erachtens hat sich die unmittelbare Stellvertretung im alten Rom schon mit einer gewissen Naturnotwendigkeit geltend gemacht. Insonderheit bieten die Gemeindeverhältnisse eine ganze Reihe von Beispielen dar: vgl. Soc. publ. S. 480 flg.

In dem antiken Formalismus vermag ich kein großes Hindernis zu erblicken. Es gab z. B. ein lege agere pro populo. Hier sagte der Kläger einfach: aio te populo dare oportere. Wurde dann das Sakramentum des Klägers für iustum erklärt, so mußte der Beklagte notwendig als populo iudicatus gelten. Vgl. Bruns, Z. R.G. Bd. 3 S. 369.

Die Bedenken, die hier auftauchen, sind mehr doktrinärer Natur. Wir treffen sie zuerst an bei Q. Mucius Scävola, gestorben 672/82, fr. 73 § 4 de diu. reg. 50, 17; auf einem Gebiete, das uns hier freilich noch nicht näher angeht. Es heißt in der angeführten Stelle: Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cauere potest.

Nur eine Ausnahme läßt Mitteis gelten: die Manzipation des agnatischen curator furiosi.

Schwerlich wird dies der einzige Fall gewesen sein. Und wie durch Manzipatio wird es dem curator furiosi auch freigestanden haben, auf dem Wege der in iure cessio Sachen des Geisteskranken zu veräußern. Wenigstens für die Freilassung fehlt es nicht an Andeutungen: siehe Erkl. 38.

Das muß man freilich Mitteis zugestehen: eine Ver-

äußerung durch gewaltfreie Personen auf dem Wege der mancipatio bzw. in iure cessio ist im allgemeinen ausgeschlossen. Andererseits ist aber gestattet, was Mitteis ebenfalls ablehnt, eine Veräußerung durch gewaltunterworfene Personen mit Zustimmung des Gewaltinhabers, insonderheit durch Sklaven und Haussöhne.

Sklaven und Haussöhne hatten diese Befugnis, wenn ihnen ein Peculium zur freien Verwaltung eingeräumt war; dem stand gleich besondere Ermächtigung für den einzelnen Fall. Siehe eine Reihe von Stellen bei Mandry, Familienrt. Bd. 2 S. 91. 116. Alle diese Stellen auf die Tradition zu beschränken, dürfte kaum angehen.

1. Ich betrachte zunächst einige Stellen, die von der Manzipation handeln bzw. sich zu derselben in Beziehung setzen lassen.

a) So treten uns z. B. c. 10 pr. quod cum eo 4, 26 vom Jahre 294 Sklaven entgegen; liberam peculii administrationem habentes, welche equas cum fetu, also res mancipi, verkaufen. Im § 1 heißt es von denen, die nicht zur freien Verwaltung eines Peculium ermächtigt sind: neque dominium, quod non habent, in alium transferre possunt neque condicionem eorum seruilem scientibus possessionis iustum adferunt initium. Solche übertragen mithin kein Eigentum, noch erwerben die Käufer, welche um die Sklaveneigenschaft der Verkäufer wußten, Ersitzungsbesitz. Also die Sklaven, welchen die freie Verwaltung des Peculium eingeräumt war, konnten an res mancipi Eigentum übertragen; waren mithin zur Manzipation berechtigt.

b) Bei Pomp. fr. 9 § 2 de don. 39, 5 heißt es: Quod filius familias patris iussu aut uoluntate donauit, perinde est, ac si pater ipse donauerit. Das sieht doch nicht so aus, als ob wir dabei bloß an die Tradition zu denken hätten.

c) Noch deutlicher redet Iul. fr. 39 § 1 de eu. 21, 2 = Lenel n. 735: Si seruus tuus emerit hominem et eundem uendiderit Titio eiusque nomine duplam promiserit

et tu a uenditore serui stipulatus fueris: si Titius seruum petierit et ideo uictus sit, quod seruus tuus in tradendo (mancipio) sine uoluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur.

Ein Sklave hat einen Sklaven gekauft und daran das Eigentum für seinen Herrn erworben. Dazu ist die Manzipation jedenfalls brauchbar gewesen: vgl. Paul. uat. fr. 51 a. E.; Gai. II, 87; Ulp. 19, 18.

Der Sklave verkauft den gekauften Sklaven weiter an Titius. Der Sklave bleibt aber nicht beim Titius. Deshalb erhebt Titius die Eigentumsklage, verliert aber den Prozeß, weil ohne eine Willenserklärung des Eigentümers er das Eigentum nicht hätte erwerben können.

Das in tradendo läßt schließen auf ein ursprüngliches in mancipio. Dazu will aber das Folgende nicht ohne weiteres passen. Es scheint hinter in mancipio etwas ausgefallen zu sein. Vielleicht schrieb Julian: 'quod seruus tuus in mancipio non dixisset 'consentiente domino' et sine uoluntate tua rel.

Aus diesem Grunde ist aber die stipulatio duplae noch nicht verfallen. Es bleibt dem Titius noch die Publiciana.

Darauf fußend, folgert Mitteis mit Lenel Z. R.G. Bd. 38 S. 381 Anm. 1: die Worte sine uoluntate tua seien sicher interpoliert. Julian hätte einfach geschrieben: seruus tuus in mancipio proprietatem transferre non potuisset.

Auch diese Weise fällt noch immer auf das in mancipio. Das mag indes auf sich beruhen bleiben. Der sachliche Grund für Ausmerzung der Worte sine uoluntate tua soll sein: wenn der Herr mit der Veräußerung nicht einverstanden, so war ja auch die Publiciana nicht möglich.

Dagegen möchte ich folgenden Einwand erheben.

Zum Ersitzungsbesitze genügte guter Glaube des Käufers. Er wußte vielleicht gar nicht, daß der Verkäufer ein Sklave war: c. 10 § 1 quod cum eo 4, 26. Oder er glaubte, der

Sklave habe im Auftrage seines Herrn gehandelt: Scaev. fr. 14 pro empt. 41, 4. Andere Stellen dieser Art bei Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1 S. 405. Also war in verschiedenen Fällen ein Ersitzungsbesitz möglich, und damit die Publiciana gegeben, trotzdem der Eigentümer in den Verkauf des Sklaven nicht eingewilligt hatte.

d) Sehr bemerkenswert ist Cic. ad. Att. 13, 50 § 2. Vestorius ad me scripsit, ut iuberem mancipio dari seruo suo pro mea parte Hetereio cuidam fundum Brinnianum, ut ipse ei Puteolis recte mancipio dare posset. Eum seruum, si tibi uidebitur, ad me mittes; opinor enim ad te etiam scripsisse Vestorium.

Dieser Brief ist geschrieben auf dem Gute bei Tusculum im August 709/45.

Aus den Briefen ad Att. 13, 12 § 4 und 13, 14 § 1 ersehen wir, daß Cicero mit andern einen gewissen Brinnius beerbt hatte. In dieser Erbschaft befand sich ein Grundstück, in der Nähe von Puteoli gelegen, das ein gewisser Heterejus gekauft hatte. Um das Eigentum auf diesen zu übertragen, war eine Manzipation beabsichtigt. Zur Vornahme derselben mochte sich Cicero nicht nach Puteoli begeben. Cic. ad Att. 13, 47: Plane Puteolos non fuit eundum cum ob ea, quae ad te scripsi, tum quod Caesar adest. Daraufhin macht ihm Vestorius, Bankier in Puteoli, einen andern Vorschlag.

Anstoß genommen hat man in unserer Stelle an den beiden Dativen seruo suo . . Hetereio cuidam, und verschiedene Textänderungen vorgeschlagen. Hotomannus ersetzte dari seruo suo durch dare seruum suum. Ihm folgte Orelli in der ersten Auflage, in der zweiten Auflage ist der Text der besseren Handschriften wiederhergestellt. Wesenberg schlägt vor dari per seruum suum statt dari seruo suo. Mitteis, Z. R.G. Bd. 34 S. 210 Anm. 1 hält seruo suo für den Abl. Instrum., obwohl er lieber per seruum suum hätte. Boot meint, die beiden Dative seien erträglich: seruo

suo zeige hin auf denjenigen. qui mancipio accipit; der andere Dativ auf den, in dessen Interesse das Geschäft abgeschlossen worden. Deutlicher hätte sich Cicero ausgedrückt, wenn er Hetereio cuidam zunächst fortgelassen und hernach geschrieben hätte: ut ipse Hetereio cuidam Puteolis rel. C. F. W. Müller hält ebenfalls am überlieferten Texte fest. Mir will es vorkommen, als wäre hinter pro mea parte ausgefallen: et remancipari pro mea parte.

Sehr zu beachten ist gleich der Anfang: ut iuberem mancipio dari seruo suo. Vestorius schlägt demnach nicht vor, daß Cicero die Manzipation selber vornehme, er soll vielmehr ein dahingehendes iussum erteilen. Da haben wir ja gleich die Stellvertretung bei der Veräußerung. Freilich kann nicht jeder beliebige Dritte als Stellvertreter benutzt werden, dann hätte ja Cicero nur eine Vollmacht auszustellen brauchen. Zu solchen Stellvertretern werden nur tauglich gewesen sein der eignen Gewalt Unterworfene, vor allen Dingen die eignen Sklaven.

Demnach ist der Vorschlag des Vestorius genauer so aufzufassen: Cicero soll einen seiner Sklaven bevollmächtigen, daß er dem Sklaven des Vestorius den Anteil des Cicero am fundus Brinnianus manzipiere. Auf diese Weise wird Vestorius Eigentümer und kann die Manzipation an den Käufer in Puteoli selber vornehmen.

Es wäre auch noch ein anderer Ausweg möglich gewesen: daß Cicero einen seiner Sklaven an Vestorius gesandt hätte mit der Ermächtigung, den Anteil am Grundstücke zu manzipieren. Aber für Cicero war es jedenfalls bequemer, daß der Geschäftsmann seinen Sklaven anbot und Cicero keinen der seinigen zu entbehren brauchte.

Nach Mitteis richtet sich das iubere an den Vestorius und der ganze Passus bedeutet: 'Cicero soll zustimmen, daß, und zwar durch formale Vermittlung des Sklaven, Vestorius seinen Gutsanteil an Heterejus manzipiert'.

Dann hätten wir sogar die Stellvertretung durch eine

gewaltfreie Person, den Vestorius. Und wozu wäre hier der Sklave des Vestorius nötig gewesen? Cicero brauchte ja nur einen Brief an Vestorius zu schreiben, den jeder andere gerade so gut überbringen konnte.

c) Einen weiteren Beweis der Unzulässigkeit von manzipativer Veräußerung durch Sklaven und Hauskinder soll nach Mitteis ergeben Paul. uat. fr. 51 a. E.

Hiernach kann uns ein Nießbrauch durch Gewaltunterworfene auf dem Wege der Manzipation in der Weise erworben werden: ut nos proprietatem, quae illis mancipio data, deducto usu fructu remancipemus.

Um die Stelle beweiskräftig zu machen, betont Mitteis das nos. Dieses nos umfaßt aber nicht bloß den Fall, wo der Eigentümer in eigener Person manzipiert, sondern auch den, wo er Gewaltunterworfene für sich manzipieren läßt. Vgl. Pomp. fr. 9 § 2 de don. 39, 5. Eine weitere Möglichkeit ist aber nicht vorhanden, denn die Manzipation eines Sklaven, dem keine Ermächtigung des Herrn zur Seite steht, ist wirkungslos: Iul. fr. 39 § 2 de eu. 21, 2.

2. Ich wende mich jetzt zur in iure cessio.

a) Mitteis beruft sich zunächst auf den Satz Nemo alieno nomine lege agere potest. Derselbe galt einmal nach I. I. IV, 10 pr. für die alte legis actio: auf seiten des Klägers mit Ausnahmen, auf seiten des Beklagten ohne Ausnahme. Das betraf aber nur die streitige legis actio. Verhielt es sich ebenso mit der legis actio, sofern man sie den Zwecken der freiwilligen Gerichtsbarkeit dienstbar gemacht hatte?

Mitteis selber sind in dieser Beziehung Z. RG. Bd. 34 S. 203 schon Bedenken aufgetaucht: 'ob auch die Tätigkeit des Beklagten als lege agere aufgefaßt wird, namentlich wenn er, wie es hier der Fall ist, nicht kontravindiziert, sondern schweigt oder zustimmt'. Er ist indes 'jetzt vollkommen sicher, daß auch dieses als legis actio gilt'. Das sollen lehren die Sinai-Scholien 18, 49.

Die Stelle lautet: ὁ ὑπεξούσιος ὡς μὴ ὢν legis δεκτικὸς οὐ δύναται (in iu)re cedere ἑτέρῳ τὴν ἐπιτροπήν.

Das δεκτικός entspricht einem lateinischen capax, das § 50 in folgender Weise erläutert wird: ὡς — ὁ ὑπεξούσι(ος) ἐπιτροπεύει testamenta(ri)an ἐ(πι)τροπήν.

Von einer legis actio ist hier gar keine Rede. Die ist erst hineingebracht durch Paul Krüger, indem er den ersten Absatz so übersetzt, bzw. ergänzt: filius familias cum non sit legis (actionis) capax, tutelam alii in iure cedere non potest.

Ich halte die Heranziehung der legis actio für verkehrt, zumal der überlieferte Text einen ganz guten Sinn gibt. Der Haussohn hat keinen Teil am Gesetze, d. h. er kann kein gesetzlicher Vormund werden und deshalb diese Vormundschaft auch nicht in iure zedieren. An und für sich ist er durchaus nicht unfähig zur Führung einer Vormundschaft, z. B. wenn er in einem Testamente als solcher bestellt worden. So habe ich die Stelle bereits erklärt Bd. 1 S. 277.

Nach Mitteis 'wäre der Text dann sinnlos; denn daß der Sohn eine legitima tutela nicht zedieren kann, weil er sie nicht hat, brauchte nicht gesagt zu werden'.

Indessen eine Anwendung des Satzes Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet ist doch keine Sinnlosigkeit. Zudem kommt hier in Betracht, daß es sich um einen Agnaten handelt, der an und für sich Anspruch auf die Vormundschaft hatte, dem aber der Vater als der Nähere im Wege stand. Warum hätte man da nicht hervorheben sollen: daß so lange von einer in iure cessio des Sohnes keine Rede sein könne, als er sich noch in väterlicher Gewalt befand?

Mitteis wirft die Frage auf: wie konnte ein Haussohn eine tutela legitima haben? Es berührt sich dies mit der anderen Frage: konnte ein Hauskind einen Sklaven freilassen oder sonstwie Patronatsrechte erlangen?

In dieser Beziehung kommen in Betracht die Sklaven

des kastrensischen Pekuliums. Das freilassende Hauskind wird der Patron, aber erst seit Hadrian; noch nach Julian waren dies Freigelassene des Vaters. Vgl. Marcianus fr. 22; Ulp. fr. 3 § 8 de bon. lib. 38, 2; Mod. fr. 8 pr. de iure patr. 37, 14. Weitere Stellen bei Leist, Forts. Bd. 4 S. 449 flg.

Ein zweiter Fall ist entstanden in Anlehnung an einen Senatsbeschluß aus dem Jahre 46 nach Chr., welcher die adsignatio libertorum gestattete: I. I. III, 8 § 3. Ein Vater konnte nicht bloß Söhnen, sondern auch Enkeln einen Freigelassenen überweisen. Stirbt dann der Vater, so hat der Enkel, der nunmehr unter die Gewalt des Sohnes geraten ist, als Hauskind den überwiesenen Freigelassenen. Stirbt hinterdrein der Freigelassene, so fällt die legitima hereditas dem Hauskinde zu, die freilich in diesem Falle dem Vater zugute kommt. Ulp. fr. 3 § 3 de ads. lib. 38, 4: cur non hoc quoque admittendum sit, ut per eum pater ad legitimae hereditatis admittatur emolumentum? Vgl. Leist Bd. 4 S. 616.

Ebenso wird einem solchen Haussohne die legitima tutela zugefallen sein; um so mehr, als er die ja selber ausüben konnte.

In der zuletzt angeführten Stelle heißt es: cum multi sint casus, quibus et libertum habere qui in potestate est possit. Was sind das für viele Fälle?

Leist hat nur drei Fälle aufgefunden. Einen dritten bietet ihm Bd. 4 S. 451 dar Pomp. fr. 171 de uerb. sign. 50, 16: 'Peruenisse ad te' recte dicitur, quod per te ad alium peruenerit, ut in hereditate a liberto per patronum filium familias patri eius adoptiuo adquisita responsum est.

Der Fall wird so zu verstehen sein: ein Gewaltfreier läßt einen Sklaven frei und sich nachher arrogieren; er bleibt als Haussohn Patron.

Hier macht nun Schwierigkeit die Arrogation. Rudorff, Vormundsch. Bd. 1 S. 205 stellt es als einen unzweifelhaften

Satz hin: daß die Agnatentutel einschließlich der fiduziarischen und patronatischen durch Arrogation erlösche. Ob das aber in dieser Allgemeinheit für die patronatische Vormundschaft richtig? Gai. I, 195b gedenkt ausdrücklich nur der liberta; vielleicht verhielt es sich anders beim libertus.

Ein viertes Beispiel bringt Cohn, Beiträge Heft 2 S. 192. Die lex Papia verlieh dem Sohne der Patronin, welcher Kinder hatte, nach III, 53 ungefähr dasselbe Recht, wie es einem Patron zustand. Und zwar nach Gai. fr. 22 de iure patron. 37, 14: etiamsi in potestate sit parentis filius patronae.

Als einen fünften Fall möchte ich noch den anführen, daß einem Haussohne die Frauenvormundschaft zediert wurde. Ich habe freilich Bd. 1 S. 277 behauptet, daß ein Haussohn als tutor cessicius nicht möglich sei, unter Berufung auf uat. fr. 51; Gai. II, 96. Indessen beide Stellen dürften dem kaum im Wege stehen, daß ein Haussohn vor dem Prätor aufgetreten wäre mit der Behauptung: hauc tutelam meam esse aio. Handelte es hier sich doch um eine eigene Angelegenheit, und diese konnte er auch sonst, sogar im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit, vertreten: Paul. fr. 9; Ulp. fr. 13 de obl. et act. 44, 7; fr. 17 de reb. cred. 12, 1.

Also an Fällen, wo der Haussohn eine legitima tutela haben konnte, fehlt es keineswegs: es ist die legitima patronorum tutela. Freilich nur eine legitima tutela im weiteren Sinne: siehe darüber I, 165. Diese soll der Haussohn nicht zedieren können. Denn in Wahrheit ist der Sohn gar nicht legis capax, da der Vater als der nähere Agnat ihn stets ausschließt.

Mitteis legt folgenden Fall zugrunde: 'Wenn ein homo sui iuris eine Sklavin, an der er das quiritische Eigentum hat, formlos freiläßt, erwirbt er nach der lex Iunia die patronatische Tutel (Gai. I, 167) und behält sie auch, wenn er sich später arrogieren läßt (cf. D. 4, 5, 7 pr. i. f.: ex nouis legibus)'.

An diesen Fall soll sogar nach Mitteis offenbar gedacht sein.

Ich habe von diesem Falle ausführlich gehandelt Bd. 1 Erkl. 57. Gerade hier dürfte nun einigermaßen im Wege stehen I, 195b, wonach durch Arrogation des Patrons eine liberta von dessen Vormundschaft befreit wird. Sollte sich dies beschränken auf die formelle Freilassung? Jedenfalls ist die Grundlage dieser Vormundschaft das quiritische Eigentum, das doch übergeht auf den pater arrogans. Ob bei den nouis legibus an die lex Iunia zu denken, ist mindestens zweifelhaft. Zumal erläuternd auf senatus consulta hingewiesen wird, worunter mit Rudorff, Vormundsch. Bd. 3 S. 239 das Tertullianum und Orfitianum zu verstehen sind.

Sollte überhaupt ein bestimmter Fall ins Auge gefaßt sein, so möchte ich vielmehr hinweisen auf den tutor cessicius. Dafür dürfte in etwas in Betracht kommen, die Ausdrucksweise: οὐ δύναται in iure cedere ἑτέρῳ τὴν ἐπιτροπήν. Er darf nicht einem zweiten zedieren. Es heißt nicht ἄλλῳ. Der erste, dem zediert war, ist er selber. Auch hierauf paßt: ὡς μὴ ὢν legis δεκτικός. Er hatte ja das Recht erst durch Zession erhalten.

b) Großes Gewicht legt Mitteis auf Ulp. fr. 15 § 7 de usu fr. 7, 1: proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario seruitutem imponere potest.

Könnte eine Veräußerung auf dem Wege der in iure cessio durch einen Vertreter vor sich gehen, so müsse jedenfalls der Vertretene seine Zustimmung geben, eine formlose Zustimmung neben der formellen in iure cessio sei aber unzulässig. So erkläre sich nach Mitteis der obige Ausspruch von Ulpian.

Für den Haussohn kommt dieses Beispiel nicht in Betracht. Denn so wenig wie der Haussohn Eigentum vom Vater erwerben kann, verhält sich dies auch so mit dem Nießbrauch.

Andererseits bliebe es immer noch eine offene Frage: ob nicht der Haussohn mit Genehmigung des Vaters Eigentum

in iure zedieren könne. Und wie bei Begründung von Verpflichtungen allgemein ein iussum ausreichend: Ulp. fr. 1 § 1 quod iussu 15, 4; müßte dasselbe bei einer Veräußerung von Eigentum doch auch wohl genügen.

Im übrigen haben wir uns an den Gedankengang von Ulpian zu halten. Ist ein Grundstück mit einem Nießbrauche belastet, so darf der Proprietär demselben keine weiteren Dienstbarkeiten auflegen. Wenigstens nicht solche, die das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigen würden: Paul. fr. 16 de usu fr. 7, 1.

Nicht einmal mit Einwilligung des Nießbrauchers. Das kommt uns fremdartig vor. Es hängt dies damit zusammen, daß ein Nießbrauch nach alter Rechtsanschauung nicht durch formlose Vereinbarung aufgehoben, mithin auch nicht auf diese Weise verringert werden konnte. Es hätte so verfahren werden müssen: zunächst wird der Nießbrauch aufgehoben durch in iure cessio; dann wird die Dienstbarkeit begründet; darauf erfolgt neue Bestellung des Nießbrauches durch in iure cessio.

Insofern ist es richtig, wie Mitteis behauptet, daß die formlose Zustimmung nicht genügt hätte. Der tieferliegende Grund ist aber der: weil eine formlose Aufhebung bzw. Verringerung des einmal bestellten Nießbrauches nicht möglich war.

Etwas anders erklärt die Sache Arndts, Pand.[7] § 179 Anm. 5. Er kommt darauf zurück: daß ein Nießbraucher nicht einmal durch in iure cessio, viel weniger durch formlose Erklärung, seinen Nießbrauch ganz oder teilweise auf andere übertragen könne.

Nach der einen wie der anderen Begründung würde der Nießbraucher gar nicht als ein Vertreter des Eigentümers erscheinen, sondern als ein jemand, dessen Verfügungen über sein eigenes Recht ungültig sind.

Wollte man sich aber auf den Standpunkt von Mitteis stellen, so würde die Stelle nur beweisen: daß gewaltfreie Personen bei einer Veräußerung auf dem Wege der in iure cessio nicht Vertreter sein können.

Gegen die Richtigkeit dieses Satzes habe ich nicht das mindeste einzuwenden.

Bei dieser Gelegenheit möchte ich darauf hinweisen, daß der Nießbrauch den Römern auch sonst bei Veräußerung des Eigentums Schwierigkeiten bereitet hat, und die Behandlung keineswegs eine gleichmäßige gewesen ist.

Dies habe ich schon näher dargelegt bei der noxae deditio, siehe Rtsgel. Gaj. S. 171 flg.

Nach Paul. fr. 17 § 1 de nox. act. 9, 4 zwingt nötigenfalls der Prätor den Nießbraucher zu einem usu fructu in iure cedere. Ein anderes Verfahren hat Gajus fr. 27 pr. ebenda für den Prokonsul in Bereitschaft: interuenturum et persecutionem usus fructus negaturum. Auf diese Weise ist freilich der Nießbrauch noch nicht untergegangen. Aber wenn der Nießbraucher nur ein Jahr lang vom Gebrauche abgehalten, ist auch dieser Mangel gehoben. Das Verfahren des Prokonsuls scheint die Oberhand gewonnen zu haben. Wenigstens mutet Ulpian fr. 3 si ex nox. causa 2, 9 dasselbe auch dem Prätor zu: denegatur ei per praetorem usus fructus persecutio.

Ferner hat man sich ausnahmsweise allerdings schon in klassischer Zeit bei einer Entäußerung mit dem consentiente usufructuario zufrieden gegeben. So sagt Ulpian fr. 17 pr. de usu fr. 7, 1: Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario: et hoc uerum est fauore religionis.

Ein solcher fauor scheint auch pro libertate bestanden zu haben. Und wie den Nießbrauch behandelt man in ähnlicher Weise das Pfandrecht. Zimmern, Gesch. R.P. Bd. 1 S. 757 Anm. 8 bringt folgende Stellen:

Ulp. fr. 2 de man. uind. 40, 2. Si minor sit annis uiginti fructuarius, an consentire libertati possit? et puto consentiendo posse ad libertatem perducere.

Iul. fr. 4 § 2 ebenda. Minor uiginti annis dominus nec communem seruum sine consilio recte manumittit.

Paulus notat: sed si pignori obligatum sibi minor uiginti annis manumitti patiatur, recte manu mittitur, quia non tam manumittere is quam non impedire manumittentem intellegitur.

Hermog. fr. 27 § 1 qui et a quib. 40, 9. Pignori datus seruus, antequam debiti nomine fiat satis, sine consensu creditorum manumitti non potest; sed pupilli creditoris citra tutoris auctoritatem consensus nihil libertati prodest, sicuti non prodest, si fructuarius pupillus manumissioni similiter consentiat.

Es handelt sich hier um eine Bestimmung der lex Aelia Sentia: siehe darüber Bd. 1 S. 127. Jugendliche Herren, die noch keine zwanzig Jahre alt waren, sollten uindicta nur freilassen dürfen, wenn ihnen ein rechtfertigender Grund zur Seite stand, den die Behörde gebilligt hatte. Wir werden hier also geradewegs auf die Freilassung uindicta hingewiesen.

Bestand freilich ein Nießbrauch oder Pfandrecht am Sklaven, so mußte dies gelöst werden. Dazu genügte indes formlose Zustimmung. Bei der Zustimmung eines Unmündigen war freilich Mitwirkung des Vormundes erforderlich.

c) Als eine Hauptstütze für die Ansicht, daß der Gewaltunterworfene der in iure cessio nicht zugänglich gewesen, betrachtet man Paul. uat. fr. 51. So auch Mitteis Bd. 1 S. 211 Anm. 22. Es handelt sich hier freilich um Erwerb, nicht Veräußerung. Da aber der Schluß naheliegt: was für den Erwerb, muß um so mehr für die Veräußerung gelten, will ich die Stelle gleich hier erörtern.

Paulus sagt: Adquiri nobis potest usus fructus et per eos quos in potestate manu mancipioue habemus, sed non omnibus modis, sed legato, uel si heredibus illis institutis deducto usu fructu proprietas legetur; per in iure cessionem autem nel iudicio familiae erciscundae non posse uel ⟨mancipatione, ut Pomponius putat; sed per⟩ mancipationem ita potest, ut nos proprietatem,

quae illis mancipio data, deducto usu fructu remancipemus.

Der Text ist nicht fehlerfrei überliefert. Böcking hat posse uel ersetzt durch potest per. Mir ist wahrscheinlicher, daß etwas ausgefallen. Zu posse fehlt das Zeitwort, von dem der Infinitiv abhängig; auch verlangt der Nachsatz ein voraufgehendes sed, worauf schon Mommsen hingewiesen hat. Den Sinn der Stelle scheint dieser Fehler kaum zu beeinträchtigen.

Zum Verständnis der Stelle schicke ich vorauf: daß der Nießbrauch eines Gewaltunterworfenen vom Standpunkte des Zivilrechtes sich darstellt als ein anomales Rechtsverhältnis. Das ist bisher kaum bemerkt, jedenfalls nicht genügend hervorgehoben worden. So hat z. B. Savigny in seinem System Bd. 2 S. 90 flg. bei Behandlung der anomalischen Rechte diesen Fall gar nicht mit berücksichtigt.

Das älteste Rechtsgeschäft, wodurch ein Nießbrauch selbständig begründet werden konnte, war das Vermächtnis. Und zwar haben wir unseren Ausgang zu nehmen vom legatum sinendi modo: siehe Erkl. 22.

Ein Testator will einem Gewaltunterworfenen z. B. einem Haussohne etwas zuwenden. Vermacht er ihm Eigentum, so erwirbt es der Gewaltinnehaber, z. B. der Vater. Er verpflichtet daher ausdrücklich seinen Erben, zu gestatten, daß der Haussohn Zeit seines Lebens ein bestimmtes Grundstück nutze und genieße: heres meus damnas esto sinere L. Titium uti frui fundo Corneliano; oder sich eines bestimmten Sklaven Zeit seines Lebens bediene.

Das Vindikationslegat hat zu seiner Voraussetzung quiritisches Eigentum in der Person des Testators: II, 96. Nun denke man sich einmal den Begriff 'Nießbrauch' weg. Wir haben es zu tun mit künftigen Früchten, d. h. künftigem Eigentum. Demgegenüber versagte das Vindikationslegat.

Der Erbe fühlt sich verpflichtet, den Willen des Testators getreulich auszuführen; vielleicht drohen ihm auch Nachteile,

wenn er dies unterlassen sollte. Dem Hausvater stehen keine Zwangsmittel zu Gebote, wenn er dies verhindern wollte. So ist gegeben die Grundlage für eine neue Legatenform, die vielleicht gerade bei den Gewaltunterworfenen eingesetzt hat. Die Entwicklung erscheint uns um so begreiflicher, als die rechtsbildende Kraft des letzten Willens schon in den Zwölftafeln V, 3 feierlichst anerkannt war; und die römische Wissenschaft jahrhundertelang sich bemühte, den letzten Willen nach Kräften aufrecht zu erhalten.

Im allgemeinen überwog im Laufe der Zeit freilich das Zivilrecht: was der Gewaltunterworfene erwirbt, erwirbt er dem Gewaltinhaber. Aber an wissenschaftlichen Kämpfen hat es keineswegs gefehlt. Darüber berichtet noch Justinian c. 17 pr. de usu fructu vom Jahre 531: Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usus fructus per seruum adquisitus uel per filium familias capitis deminutione filii magna uel media uel morte uel emancipatione nel serui quacumque alienatione uel morte uel manumissione potest adhuc remanere.

Unter den libri Sabiniani sind zu verstehen libri ad Sabinum inscripti: siehe Lenel, Paling. II S. 216.

Und so schlechthin ist der Nießbrauch Gewaltunterworfener selbst nach Justinianschem Recht dem Zivilrecht keineswegs ausgeliefert worden. Seine anomale Natur zeigt sich namentlich darin: daß er mit dem Tode des Gewaltinhabers, und was dem gleichgestellt, keineswegs aufhört. Vgl. c. 17 § 1: neque, si pater capitis deminutionem magnam uel mediam passus fuerit uel morte ab hac luce fuerit exemptus, usum fructum perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur.

Selbst unter Justinian ist der Gedanke lebendig geblieben: eigentlich ist doch der Gewaltunterworfene als das Subjekt zu betrachten. Vgl. c. 17 § 2: cum plerumque uerisimile est testatorem contemplatione filii quam patris usum fructum ei reliquisse.

Andere Streitfragen berührt Justinian c. 15 de usu fructu 3, 33 vom Jahre 530.

In höherem Maße trat die Anomalie des Nießbrauches Gewaltunterworfener zur klassischen Zeit hervor. In dieser Beziehung kommt in Betracht Paul. uat. fr. 57: Usus fructus do lego seruo legatus morte et alienatione serui perit, si stipuletur, non perit; igitur et post mortem suam sicut cetera usum fructum seruus stipulari potest; quod aliter est in legatis.

Der einem Sklaven vermachte Nießbrauch geht unter mit dessen Tode. Er haftet also an dessen Person, obwohl er nach Zivilrecht dem Herrn erworben wird. Wenn demnach dem Sklaven der Nießbrauch eines Grundstückes vermacht wäre, so ist die Sache so gedacht: Der Sklave soll dies Grundstück sein Leben lang nutzen und genießen. Nun könnte der Eigentümer des Sklaven auf die Idee kommen, den Sklaven zu verkaufen, um den Nießbrauch für sich auszunutzen. Eine solche Veräußerung macht ebenfalls den Nießbrauch hinfällig. Dieser letztere Satz erfährt eine nähere Bestimmung durch Pomp. fr. 18; Ulp. fr. 5 § 1 quib. mod. 7, 4.

Noch bemerkenswerter ist vielleicht der Satz: si stipuletur, non perit. Also eine unterschiedliche Behandlung des legierten und stipulierten Nießbrauchs.

Legate konnten Peregrinen nicht erwerben. Durch Stipulation konnten nur an Provinzialgrundstücken Dienstbarkeiten erworben werden. So haben wir hier zugleich den Gegensatz von römischem und Peregrinenrecht bzw. Provinzialrecht.

Die stipulatio umfaßt die pactio. Die vollere Ausdrucksweise bei Gai. II, 31: pactionibus et stipulationibus id efficere potest. Vgl. darüber Erkl. 20 unter 2.

Der Nießbrauch an Provinzialgrundstücken, den ein Sklave sich hatte versprechen lassen, ging nicht unter durch seinen Tod noch seine Veräußerung: er verblieb also seinem Herrn. Dieses Provinzialrecht ist von Justinian in entsprechender Weise mit auf den Haussohn angewandt und nach beiden Richtungen für

Reichsrecht erklärt worden. Vgl. c. 17 § 1 de usu fructu 3, 33: Et ideo sancimus in huius modi casibus neque, si seruus uel filius familias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri uel domino usum fructum qui per eos adquisitus est, sed manere intactum.

Aelter und am Ende ein Vorläufer dieser Rechtsbildung war vielleicht die Stipulation des Sklaven: daß nach seinem Tode der Nießbrauch seinem Herrn zustehen solle. Auf alle Fälle entsprach auch diese Stipulation nicht den Grundsätzen des Zivilrechtes, wie sie uns entgegentreten bei Gajus III, 100.

Ich kehre zurück zu uat. fr. 51. Auch hier ist der Nießbrauch Gewaltunterworfener als anomales Recht aufzufassen.

Er entsteht durch letztwillige Verfügung: entweder unmittelbar durch Legat oder dadurch, daß die Gewaltunterworfenen, welche zu Erben eingesetzt sind, belastet werden mit dem Eigentumslegate abzüglich des Nießbrauchs. Unter diesem Nießbrauch, der abzuziehen, ist der Nießbrauch der Gewaltunterworfenen zu verstehen.

Eine Entstehung durch in iure cessio ist ausgeschlossen. Das verhält sich mit andern anomalen Rechten ebenso. So bemerkt Savigny, System, Bd. 2 S. 113 Anm. q in bezug auf die habitatio und operae: 'Eine Entstehung durch in iure cessio würde zu der nicht streng juristischen Natur dieser Institute nicht gepaßt haben.'

Neben der in iure cessio wird noch einer andern zivilen Erwerbsart gedacht: uel iudicio familiae erciscundae non posse. Also die Adjudikation ist ebenfalls ausgeschlossen.

Daraus ersehen wir gleichzeitig, daß den Gewaltunterworfenen nicht alle und jede Prozeßfähigkeit gefehlt haben kann; daß sie insonderheit als eingesetzte Erben im Erbteilungsverfahren ein Wort mitzusprechen hatten: denn sonst hätte eine Adjudikation als Möglichkeit ja gar nicht in Betracht gezogen werden können.

Das einzige Rechtsgeschäft unter Lebenden, das für römische Verhältnisse in Betracht kam, war Manzipation der Sache,

z. B. des Grundstückes an die Gewaltunterworfenen. Dadurch erlangte der Gewaltinhaber Eigentum. Dieses mußte er dann wieder remanzipieren unter Abzug des seinen Gewaltunterworfenen zugedachten Nießbrauches.

Diesem allem zufolge ergibt sich: der Gewaltunterworfenen zugedachte Nießbrauch kann nicht durch in iure cessio begründet werden.

Aus diesem Fernhalten der Gewaltunterworfenen von einem anomalen Rechtsverhältnisse darf aber nicht gefolgert werden, daß die in iure cessio den Gewaltunterworfenen überhaupt nicht zugänglich war.

49. Schluß. Manumissio uindicta.

Einen Prüfstein für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der von Mitteis vertretenen Auffassung dürfte darbieten die manumissio uindicta.

1. Mitteis, Z. R.G. Bd. 34 S. 199 flg. hat näher ausgeführt, daß eine manumissio uindicta durch einen Stellvertreter, insonderheit einen Haussohn, nicht zulässig gewesen sei. Dagegen hat sich erklärt Buckland, Nouv. Rev. hist. Bd. 27 S. 737 flg., den aber zu widerlegen sucht Mitteis, Z. R.G. Bd. 38 S. 379 flg. Und an dieser Ansicht hat Mitteis in seinem R. Pr.rt. Bd. 1 S. 211 festgehalten.

Die Stellen, welche Mitteis zunächst ins Auge faßt, sind die nachstehenden: Paulus libro primo ad legem Iuliam fr. 15 § 1 qui et a quibus 40, 9; Iul. fr. 4 pr. de man. uind. 40, 2; Paul. fr. 22 ebenda; Mod. fr. 16 de manumissionibus 40, 1.

Mitteis betrachtet diese Stellen nicht gerade als beweisend. Er bemerkt vielmehr ganz im Gegenteil: 'Angesichts dieser Stellen scheint es außer Zweifel zu stehen, daß die manumissio uindicta durch Stellvertretung ohne weiteres zulässig ist.'

Mitteis befindet sich demnach in der Lage, daß er diesen Stellen ihre Beweiskraft erst entziehen muß. Die Stellen sollen

interpoliert sein. Er gibt nur zu: 'daß der Haussohn im Namen des Vaters zwar eine formlose, niemals aber eine rechtsförmliche Manumission vollziehen konnte.'

In gleicher Weise verfährt Mitteis mit anderen Stellen, die er Z. R.G. Bd. 38 S. 380 angereiht hat.

In dieser Beziehung kommen namentlich diejenigen Stellen in Betracht, die weiter von Buckland zur Unterstützung seines Widerspruchs herangezogen sind: Paul. fr. 18 § 2 de man. uind. 40, 2; Lic. Ruf. fr. 51 § 1 de ritu nupt. 23, 2; Paul. fr. 16 § 5 qui et a quib. 40, 9; Marcian. fr. 10 de man. uind. 40, 2; Paul. sent. 1, 13 A § 2.

2. Mitteis stützt seine Ansicht vor allen Dingen auf die zivile Regel: nemo alieno nomine lege agere potest.

In dieser Beziehung ist zunächst hervorzuheben: daß schon beim ernstlich gemeinten Freiheitsprozeß diese Regel insofern eine Ausnahme erleidet, als nach I. I. IV, 10 pr. Stellvertretung pro libertate stattfindet; und zwar muß sogar für den Sklaven ein adsertor auftreten.

Diese Stellvertretung ist auf die manumissio uindicta übertragen worden. Und zwar pflegte man sich dazu nach Boethius in Cic. top. 2 § 10 pag. 288. 289 eines lictor zu bedienen, dicens quaedam uerba sollemnia.

Die feierlichen Worte sind uns nicht überliefert. Sie könnten sich gedeckt haben mit der Intention des Klägers im ernstlich gemeinten Freiheitsprozeß und lauteten vielleicht: hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse aio.

Wie benahm sich dem gegenüber der Freilasser? Bei einer sonstigen in iure cessio, z. B. bei Eigentumsübertragung, fragte der Prätor nach Gai. II, 24 den qui cedit: an contrauindicet. Verneinte dieser die Frage oder schwieg er, so erfolgte die addictio.

Wesentlich anders liegt die Sache bei der manumissio uindicta. Hier erklärte der Freilasser nach Fest. epit. Wort Manu mitti Th. 153: hunc hominem liberum esse uolo. Damit haben wir eine selbständige Willenserklärung des Frei-

lassers, wie Schulin, Gesch. des r. Rts., S. 367; Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 133; Sohm, Inst.[14] S. 195 mit Recht hervorheben: mithin ein Verfahren, das wesentlich vom ernstlich gemeinten Freiheitsprozeß wie sonstiger in iure cessio abweicht.

Auch nach der Richtung fehlte es nicht an Abweichungen, daß man bei der Freilassung formloser zu Werke ging. Sie brauchte nach I, 20 nicht pro tribunali zu geschehen; der Prätor konnte dazu veranlaßt werden, wenn er z. B. ins Theater oder Bad sich begab.

So spitzt sich denn die Frage dahin zu: ob es nicht möglich gewesen wäre, daß der Haussohn dem uolo hinzugefügt hätte consentiente, uolente, iubente patre oder dgl.

3. Von diesem Gesichtspunkte aus soll das Quellenmaterial jetzt näher geprüft werden.

a) Filius familias iussu patris manumittere potest, matris non potest heißt es bei Paul. sent. 1, 13 A § 2.

Nach Mitteis 'ist es reine Willkür, die nicht ausgesprochene Beziehung auf man. uind. hineinzutragen'.

Aber sollte denn der Hauptfall der Freilassung nicht mitumfaßt sein? Ist es nicht vielmehr Willkür, wenn Mitteis diesen allgemeinen Ausspruch auf die formlose Freilassung beschränken will?

Mitteis wirft die Frage auf: 'warum denn eigentlich der Haussohn nicht für die Mutter, ja, warum nicht überhaupt jeder für jeden uindicta manumittieren kann?'

Darauf antworte ich: weil diese Stellvertretung nur durch Gewaltunterworfene zugelassen wurde.

Uebrigens fehlt es keineswegs an Stellen, wo der uindicta ausdrücklich gedacht wird.

b) Paul. fr. 22 de man. uind. 40, 2. Pater ex prouincia ad filium sciens Romae agentem epistulam fecit, quae permisit ei, quem uellet ex seruis, quos in ministerio secum hic habebat, uindicta liberare: post quam filius Stichum manumisit apud praetorem: quaero, an fecerit liberum. Respondi: quare non hoc concessum credamus

patri, ut permittere possit filio ex his, quos in ministerio haberet, manumittere? Solam enim electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit.

Hier ist nicht bloß die Bezeichnung uindicta gewählt, sondern auch mit apud praetorem deutlich auf diese Freilassungsform hingewiesen.

Nach Mitteis ist 'die Erwähnung des Prätors geradezu aufdringlich'. Eher dürfte die Interpolation, die daraus sich nach Mitteis ergeben soll, als aufdringlich erscheinen.

Die Stelle ist auch aus anderen Gründen bemerkenswert.

Die Ermächtigung des Vaters braucht sich nicht auf einzelne bestimmte Sklaven zu beschränken. Er kann dem Sohne vielmehr die Auswahl unter mehreren überlassen. Dazu würde ebenfalls passen das consentiente patre bzw. uolente, iubente.

Die Ermächtigung ist hier durch ein permitto erteilt. Das iussum in Briefform tritt uns auch bei der quod iussu entgegen: Ulp. fr. 1 § 1 D. 15, 4.

Als Freilasser gilt der Vater. Wir haben hier vor uns einen Fall unmittelbarer Stellvertretung.

c) Eine andere Stelle dieser Art ist Paulus libro primo ad legem Iuliam fr. 15 § 1 qui et a quibus 40, 9: Iulianus ait, si posteaquam filio permisit pater manumittere, filius ignorans patrem decessisse manumisit uindicta, non fieri eum liberum; sed et si uiuit pater et uoluntas mutata erit, non uideri uolente patre filium manumisisse.

Hat der Sohn uindicta freigelassen, nachdem der Vater bereits gestorben war oder seine Vollmacht widerrufen, so ist die Freilassung wirkungslos.

Um sich dieses uindicta zu entledigen, verdächtigt Mitteis in der Ueberschrift ad legem Iuliam, wofür er setzen möchte ad legem Iuniam. Dazu bieten freilich an dieser Stelle die Handschriften keine Veranlassung. Aber im Σύνταγμα XXV, 20 flg. ist am Text herumgeändert.

Nach Mommsen hat der erste Schreiber Iuliam durch Aeliam Sentiam ersetzt; der ordinarius emendator daraus

Iuniam gemacht. Statt Sentiam bringt der ursprüngliche Text Sententiam. Außerdem ist eine Umstellung von Zeilen angedeutet durch drei vorangestellte Buchstaben β α γ.

Es kommen in Betracht die drei Zeilen, denen Mommsen die drei Zahlen 20. 21. 22 vorgesetzt hat. Das Bild, welches uns die Florentiner Handschrift im Lichtdruck darbietet, ist das nachstehende.

Ae Sentiam
β Ad legem Iuliam βιβλια δυο
α Ad legem Aeliam Sententiam β́β́γ
γ De iure fisci βιβλια δυο

Zunächst glaube ich nun nicht, daß das Iuliam durch Aeliam Sentiam hat ersetzt werden sollen; das Iuliam ist doch nicht getilgt. Wie vielmehr die vorgesetzten Buchstaben anzeigen, ist eine Umstellung der Zeilen beabsichtigt und diese halbwegs dadurch ausgeführt, daß dem Iuliam vorangesetzt wurde Ae Sentiam. Auf diese Weise ist zugleich eine Berichtigung des Sententiam vorgenommen.

Ferner ist mir fraglich, ob das l in Iuliam durch den oben angehängten Haken in ein n hat verwandelt werden sollen. Der Haken, welcher mit dem einen Gliede auf Ae hinweist, hat wohl nur den Zweck, darauf aufmerksam zu machen, daß das Werk Ad legem Aeliam Sentiam zunächst zu nennen war.

Die in bezug auf die Reihenfolge beobachtete Regel ist nämlich die, daß die mehrbändigen Werke vorangestellt sind. Demnach hätten die β́β́γ ad legem Aeliam Sentiam den βιβλια δυο ad legem Iuliam voraufgehen müssen.

Vollständig ist freilich auf diese Weise der Fehler doch nicht berichtigt worden, wie schon Mommsen bemerkt. Denn das dreibändige Werk ad legem Aeliam Sentiam hätte folgen müssen auf Manumalium βιβλία τρία, während trotz der angedeuteten Umstellung noch zwei zweibändige Werke voranstehen.

Diesem allem zufolge würde sich die in Frage stehende Textänderung beschränken: auf eine Verbesserung des Sententian

in Sentiam und eine Voranstellung des ad legen Aeliam Sentiam βιβλία γ̄ vor ad legem Iuliam βιβλία δύο.

Wir wissen überhaupt nichts von einem Werke ad legem Iuniam, das Paulus oder irgend ein anderer römischer Rechtsgelehrter verfaßt hätte. Und in der Ueberschrift unseres fr. 15 das Iuliam zu verdächtigen, dazu liegt um so weniger Grund vor, als die Handschriften bei dieser Stelle keinerlei Zweifel aufkommen lassen.

Mitteis weist noch hin auf die eigentümliche Wortstellung: 'das uindicta steht hinter manumisit'.

Mir macht der Text den Eindruck, als ob hier etwas ausgefallen bzw. von den Kompilatoren schon fortgelassen wäre. So setzt das folgende eum ein voraufgehendes seruum voraus, und dem uindicta war vielleicht ein liberauit beigegeben, vgl. Scaeu. fr. 122 § 2 de uerb. obl. 45, 1: manumissus uindictaque liberatus. Es könnte ursprünglich in unserer Stelle geheißen haben: manumisit uindictaque seruum liberauit.

Jedenfalls hält schon Mitteis diese Wortstellung nicht für hinreichend, um deshalb das Iuliam beseitigen zu können.

Und würde, so möchte ich schließlich fragen, eine Aenderung nach dieser Richtung schon von ausschlaggebender Bedeutung sein? Selbst wenn man Iuniam statt Iuliam lesen wollte, wäre doch keineswegs ausgeschlossen, daß Paulus in einem Kommentare ad legem Iuniam sich mit der Freilassung uindicta beschäftigte. Vgl. z. B. fr. Dos. 15.

An welche lex Iulia wir dabei andererseits zu denken haben, ersehen wir aus dem Eingange unseres fr. 15, wo die Frage aufgeworfen wird: an is, qui maiestatis crimine reus factus sit, manumittere possit.

Außerdem handelt es sich mehr um Julian als Paulus. Wir können diesen Ausspruch Julians in Beziehung bringen zu Iulianus libro quadragensimo secundo digestorum fr. 4 de man. uind. 40, 2. Im 42. Buche seiner Digesten handelte Julian De manumissis uindicta: siehe Lenel, Paling. n. 585—587.

d) Mit Iul. fr. 4 pr. de man. uind. 40, 2 ist allerdings eine Umgestaltung vorgenommen, die uns hier aber nicht weiter berührt. Ich setze die Stelle gleich in der Weise hierher, wie sie nach Paul Krüger von Julian niedergeschrieben sein könnte.

Si pater filio permiserit seruum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum manumiserit uindicta, libertas non competit; sed et si uetuisset pater per nuntium et antequam filius certior fierit, seruum manumisisset, liber non fit: nam ut filio manumittente seruus ad libertatem perueniat, durare oportet patris uoluntatem.

Die in dieser Stelle uns entgegentretende patris uoluntas sowie das uolente patre bei Julian fr. 15 § 1 D. 40, 9 bringt Mitteis in Verbindung mit dem domini uoluntate in libertate morari des fr. Dos. 4.

Indessen die letztere Ausdrucksweise gilt einem dauernden Zustande, während die Freilassung doch nur eine einmalige Handlung ist. Deshalb scheint es mir näher zu liegen, dieses Wollen in Beziehung zu setzen zu dem hunc hominem liberum esse uolo bei Festus.

e) Einer solchen uoluntas begegnen wir ferner in folgenden Stellen.

Pap. fr. 22 de manum. 40, 1. Nepos ex filio uoluntate, aui ut filius uoluntate patris, potest manumittere, sed manumissus patris uel aui libertus est.

Ulp. fr. 30 § 1 qui et a quibus 40, 9. Si filius meus ex uoluntate mea manumiserit, an ut ingratum eum accusandi ius habeam, dubitari poterit idcirco, quia non manumisi: sed pro eo habendus sum, ac si manumisissem.

Paulus fr. 18 § 2 de manum. uind. 40, 2. Filius quoque uoluntate patris apud patrem manumittere poterit.

Paul. fr. 16 § 5 qui et a quib. 40, 9. Si uoluntate patris filius manumiserit, siue pater siue filius sciat soluendo patrem non esse, libertas impedietur.

Anderswo heißt es iussu. Licin. Ruf. fr. 51 § 1 de ritu nupt. 23, 2. Si autem filius familias matrimonii causa iussu patris ancillam manumiserit, Iulianus putat perinde eam haberi atque si a patre eius manumissus esset: et ideo potest eam uxorem ducere.

Marcianus fr. 10 de manum. uind. 40. 2: iussu eius.

Modestin fr. 16 de manum. 40, 1 sagt consentiente patre.

f) Einige dieser Stellen bieten noch besondere Anhaltspunkte dar für Annahme einer Freilassung uindicta.

So hat schon Buckland hingewiesen auf das apud patrem bei Paulus fr. 18 § 2 de man. uind. 40, 2. Mitteis möchte den Ausspruch beziehen auf eine Freilassung aus dem kastrensischen Peculium, was mir sehr willkürlich vorkommt.

Aehnlich verhält es sich mit Marcianus fr. 10 de manum. uind. 40, 2: Surdi uel muti patris filius iussu eius manumittere potest: furiosi uero filius non potest manumittere.

Taube und Stumme sind unfähig zu einer Freilassung uindicta. Ein Stummer kann die Worte nicht sprechen: hunc hominem liberum esse uolo; und ein Tauber kann nicht hören, was vorgeht. Vgl. Ulp. fr. 1 § 3 de post. 3, 1: surdum qui prorsus non audit prohibet apud se postulare.

Buckland hat schon mit Recht herangezogen Paul. sent. 4, 12 § 2. Mutus et surdus seruum uindicta liberare non possunt; inter amicos tamen et per epistolam manumittere non prohibentur.

Stumme und Taube können auf formlose Weise freilassen. Sie entbehren nicht völlig der Handlungsfähigkeit wie die Geisteskranken. In eigner Person sind sie freilich nicht imstande, uindicta freizulassen. Sie können dies aber bewirken durch einen Haussohn, indem sie diesen dazu ermächtigen, was in formloser Weise möglich.

Mitteis wendet ein: es könne auch das iussum zur Junianschen Freiheit gemeint sein.

Indessen wenn Taube und Stumme Geisteskranken gegen-

übergestellt werden, so bedürfen wir zunächst eines Satzes: inwiefern gleichen sich beide; um daran das Unterscheidende anzuknüpfen. Nehmen wir dann die formlose Freilassung, so fehlt das Gleiche vollständig. Taube und Stumme können in eigner Person wie durch einen Haussohn freilassen; Geisteskranke sind weder zu dem einen noch dem andern imstande. Dagegen die feierliche Freilassung uindicta können weder Taube und Stumme noch Geisteskranke in eigner Person vornehmen; dagegen können sich zu diesem Zwecke Taube und Stumme der Haussöhne bedienen, was bei Geisteskranken ebenfalls ausgeschlossen.

Weiter gehört hierher Mod. fr. 16 de manum. 40, 1. Si consentiente patre filius minor annis uiginti seruum eius manumiserit, patris faciet libertum et uacat causae probatio ob patris censensum.

Hier wie anderswo weist uns der minor annis uiginti auf eine Bestimmung der lex Aelia Sentia hin, welche die Freilassung uindicta betraf: siehe oben Erkl. 48 unter 2b S. 248. Verstärkt wird dieser Hinweis noch durch die causae probatio.

Mitteis lehnt diese Folgerung ab: wo von dieser Altersgrenze infolge eines rechtfertigenden Grundes dispensiert werde, sei die Freilassung in jeder Form möglich.

Dieser Satz ist uns meines Wissens nicht überliefert. Es scheint sogar nach I, 38 die Behörde nur eine Freilassung uindicta gestattet zu haben. Der Text ist freilich nicht ganz in Ordnung.

Aber selbst wenn Mitteis mit seiner Behauptung recht haben sollte, wäre nicht einzusehen, warum wir den Hauptfall gerade ausnehmen sollten.

4) Besondere Berücksichtigung erfordert Alf. Varus fr. 7 de manum. 40, 1. Duo filii familias peculiares seruos separatim uterque habebant: ex his alter seruulum suum peculiarem uiuo patre manumisit: pater utrique testamento peculium praelegauerat. Quaerebatur, seruus iste utrum amborum an eius a quo manumissus erat libertus esset. Respondit, si prius testamentum pater fecisset,

quam filius eum liberum esse iussisset, unius esse libertum, ideo quod eum quoque in peculio legasse uideretur: sed si postea testamentum pater fecisset, non uideri eam mentem eius fuisse, ut eum, qui manumissus esset, legaret eumque seruum, quoniam praelegatus non esset, mortuo patre amborum seruum fuisse.

Alfenus Varus war Konsul im Jahre 715/39: Klein, Fasti cons. pag. 3. Seine Digesten werden mithin älter sein als die lex Aelia Sentia vom Jahre 4 n. Chr. und die lex Iunia Norbana vom Jahre 19 n. Chr.

Ein Haussohn hat in eigner Person einen Sklaven, der zu seinem Pekulium gehörte, freigelassen: eum liberum esse iussisset. Das läßt schließen auf ein hunc hominem liberum esse iubeo, mithin auf eine Freilassung uindicta. Ist das überhaupt möglich?

Der Prätor muß so etwas doch wohl gestattet haben: denn wie hätte sonst Alfenus darauf verfallen können, derartiges vorauszusetzen.

Welche Wirkung hatte eine solche Freilassung von seiten eines Haussohnes? Für so ganz unbeachtlich hält Alfenus sie keineswegs.

Es scheint Sitte gewesen zu sein, daß die Väter ihren Haussöhnen das Peculium, welches sie ihnen eingeräumt hatten, prälegierten. Damit war ausgesprochen: das Vermögen, das Ihr bis jetzt nur tatsächlich verwaltet habt, soll Euch von Rechts wegen gehören; die Erbteilung sich mithin auf das übrige väterliche Vermögen beschränken. Und wenn der Haussohn irgendwelche Rechtsgeschäfte vorgenommen hatte, zu denen er nicht befugt war: wen ging das was an? Alles war gedeckt durch das Prälegat.

Zumal wenn die Freilassung vorgenommen wurde, nachdem der Vater schon seinen letzten Willen erklärt und das Prälegat angeordnet hatte.

Zunächst ist freilich der Vater noch nicht gestorben, und sein Eigentum am Sklaven noch vorhanden. Allerdings schützte

der Prätor die tatsächliche Freiheit schon vor der lex Aelia Sentia. Ob auch in diesem Falle, ist sehr zweifelhaft. Denn ein uoluntate domini in libertate esse lag nicht vor: vgl. Bd. 1 S. 125.

Wir werden also im Sinne von Alfenus den zunächst gegegebenen Zustand als einen Schwebezustand auffassen können. Es ist noch unsicher, wie es mit der Freilassung wird. Der Vater kann jeden Augenblick den Sklaven wieder zu sich nehmen, auch das Testament widerrufen. Wenn er aber weder das eine noch das andere tut, wird mit seinem Tode der Sklave von Rechts wegen frei und ein Freigelassener des Sohnes: unius esse libertum.

Wie im andern Falle? Der Vater hat zwar noch kein Testament errichtet, der Sohn denkt aber: prälegiert wird mir ja doch einmal das Peculium, warum soll ich also nicht jetzt schon den Sklaven freilassen?

Der Sohn hat sich nicht geirrt. In der Tat prälegiert ihm später der Vater das Peculium. Hier ist aber Alfenus anderer Ansicht. Er meint: das Prälegat erstrecke sich nur auf den Umfang, den das Pekulium zur Zeit der Testamentserrichtung tatsächlich hatte; mithin komme der Freigelassene nur als Sklave in Betracht, an welchem beiden Brüdern ein Miteigentum zustehe: eumque seruum, quoniam praelegatus non esset mortuo patre amborum seruum fuisse.

Für Alfenus scheint die Regel noch nicht bestanden zu haben, die uns bei Paul. fr. 29 de reg. iur. 50, 17 in folgender Fassung entgegentritt: Quod initio uitiosum est, non potest tractu temporis conualescere.

Jedenfalls hat man später eine solche Freilassung überhaupt nicht als zu Recht bestehend anerkannt. Vgl. Pap. fr. 19 § 2 de pec. leg 33, 8; Marcianus fr. 20 ebenda: nihilque interest, ante legatus, deinde inutiliter manumissus sit, an contra. Mod. fr. 13 de iure patr. 37, 14: Filius familias seruum peculiarem manumittere non

potest. Iussu tamen patris manumittere potest: qui manumissus libertus fit patris.

Immerhin bleibt es bemerkenswert, daß den Alfenus kein römischer Formalismus bedenklich machte bei der Freilassung, die ein Haussohn mittelst uindicta vornahm. Ferner genügt ihm schon die Zugehörigkeit zum Peculium, um einer solchen Freilassung unter Umständen rechtliche Wirkung beizulegen. Es ist nicht einmal die Rede von einer libera administratio die dem Haussohne eingeräumt war. Daß allemal eine besondere Ermächtigung notwendig sei, ist um so weniger schon zur Zeit des Alfenus Rechtssatz gewesen.

50. Erwerb durch andere. Erwerbende Personen. II. 86—96.

I. Es ist sehr wohl möglich, daß sich in alter Zeit einmal Besitz und Gewaltsverhältnis deckten: Vac. poss. S. 97.

Der Besitz erstreckte sich nicht bloß auf Sachen, sondern ergriff auch die Personen. Der Besitzerwerb des Vaters durch seine Hausgenossen, und vielleicht jeder Erwerb wird in alter Zeit allgemein gestützt worden sein auf einen Besitz an diesen Hausgenossen: Besitz, S. 20 flg.

Im Laufe der Zeit entwickelt sich aber immer mehr der Gegensatz zwischen den Freien, die einer Gewalt unterworfen, und den Sklaven. Der Besitz zieht sich im allgemeinen zurück auf die Sklaven, die man anfing, mehr und mehr als Sache zu betrachten: siehe Bd. 1 S. 139 flg.

Die Grundlage für den Erwerb durch andere wird das Gewaltsverhältnis, dem sich unterordnet der Besitz an Sklaven.

Durch einen flüchtigen Sklaven können wir nichts besitzen, sagte noch Nerva der Sohn: Paul. fr. 1 § 14 de adq. uel am. poss. 41, 2. Daraus werden wir folgern dürfen, daß er an flüchtigen Sklaven auch keinen Besitz annahm: Vac. poss. S. 146.

Denselben Standpunkt nimmt Pomponius ein: fr. 54 § 4 de adq. rer dom. 41, 1; fr. 15 de Publ. 6, 2.

Anderer Meinung waren Cassius und Julian, die den flüchtigen Sklaven auf gleiche Stufe stellten mit den Sklaven, quos in prouincia habemus: Paul. fr. 1 § 14 D. 41, 2.

Julian nahm demgemäß Fortdauer des Besitzes an flüchtigen Sklaven an: uat. fr. 89.

Dieselbe Auffassung rechtfertigt in eigentümlicher Weise Gajus ad ed. prou. fr. 15 de adq. u. am. poss. 41, 2.

Genau genommen, machte sich damit der Besitzerwerb unabhängig vom Besitz am Sklaven, wie man ihn von Haus aus verstand. Das Gewaltsverhältnis wird auch hier der allgemeinere Gesichtspunkt. Das hat dann wieder Einfluß gehabt auf die Entwicklung des Besitzbegriffes, der eine Erweiterung erfuhr.

Wie weit man bei dieser Erweiterung des Besitzbegriffes gegangen, mag unerörtert bleiben; zumal wir hier auf Streitfragen stoßen. Nur darauf möchte ich noch hinweisen, daß nach fr. Dos. 5 ein Sklave, der tatsächlich frei war, alles seinem Herrn erwarb: omnia tamen quasi seruus adquirebat manumissori.

II. Nach dieser Vorbemerkung wende ich mich zu den einzelnen Personen.

1. Für den Gewaltinhaber erwerben die Hauskinder: liberi nostri, quos in potestate habemus.

Ferner die Sklaven.

Für den Ehemann die uxor in manu.

Endlich kommt in Betracht das Hauskind in mancipio.

2. Bei der uxor in manu wie dem Hauskinde in mancipio wurde der Eigentumserwerb nicht beanstandet, dagegen der Besitzerwerb: quia ipsas non possidemus. Das geht zurück auf eine alte Anschauung, die noch Besitz an allen Hausgenossen verlangte.

3. Später beschränkt sich der Besitz auf die Sklaven. Nun können aber Besitz und Gewaltsverhältnis auseinander gehen.

Einmal in der Weise, daß der eine Eigentum, der andere Nießbrauch hat.

Dann ist es möglich, daß jemand einen fremden Sklaven in gutem Glauben besitzt.

Und selbst ein Freier kann in gutem Glauben als Sklave besessen werden.

In diesen Fällen tritt eine Teilung des Erwerbes ein. Der Nießbraucher und der Besitzer des fremden Sklaven wie des Freien erwerben nur, was mit ihrem Vermögen bzw. durch die Arbeit der Betreffenden erworben wird. Sonstiger Erwerb fällt zu dem Eigentümer bzw. dem Freien: z. B. Erbschaft, Vermächtnis.

4. Von dieser Teilung des Erwerbes nahm ich an, daß der Ursprung derselben vielleicht beim Hauskinde in mancipio zu suchen sei: Bd. 1 S. 186. Weil nämlich durch das erste und zweite Manzipium die väterliche Gewalt nicht aufgehoben wurde.

Damit scheint nicht in Einklang zu stehen II, 90: per eas uero personas, quas in . . mancipio . . habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, quos in potestate nostra sunt.

Indessen von dem Manzipium, wie es uns in der Kaiserzeit entgegentritt, dürfen wir nicht ohne weiteres Schlüsse ziehen auf das Manzipium der alten Zeit: Bd. 1 S. 184. Das ernstlich gemeinte Mietsverhältnis mit seinen drei Manzipationen hatte einem Scheinmanzipium Platz gemacht. Und das Manzipium wegen zugefügten Schadens hat wohl von jeher nur einmal begründet werden können: vgl. Pap. coll. 2, 3 § 1.

5. An Sklaven ist ein doppeltes Eigentum möglich: quiritisches und prätorisches. Im Laufe der Zeit erstarkt das prätorische Eigentum mehr und mehr, so daß das rein quiritische Eigentum in den Hintergrund tritt. Insonderheit überwiegt schließlich das prätorische Eigentum beim Erwerb. Der Sklave erwirbt, aus was immer einem Grunde, alles demjenigen, in dessen prätorischem Eigentum er sich befindet: II, 88.

Dieser § 88 scheint entlehnt zu sein aus III, 166, wo jedenfalls diese Möglichkeit eine nähere Berücksichtigung gefunden hat.

III. Neben dem Sklaven des Privatmannes kommt der Gemeindesklave in Betracht. Vgl. Plin. ep. 7, 18: agrum ex meis . . actori publico mancipaui, und dazu Soc. publ. S. 354. Ferner ist zu beachten Iau. fr. 12 de seru. 8, 1: Non dubito, quin fundo municipum per seruum recte seruitus adquiratur.

IV. Durch gewaltfreie Personen wird im allgemeinen für andere nicht erworben. Als fragliche Ausnahme nennt Gajus den Besitzerwerb, sofern er, wie es scheint, durch einen Prokurator erfolgte: II, 95.

Für das Eigentum ist diese Frage zugleich insofern von Bedeutung, als der Erwerb des Eigentums durch den Erwerb des Besitzes vermittelt wurde.

V. Von dem Erwerb durch Stellvertreter wird noch einmal gehandelt im Obligationenrecht III, 163—167 a.

Die §§ 163--165 entsprechen den §§ 86. 91. 92 des zweiten Buches. Der § 88 des zweiten Buches wird, wie schon bemerkt, entlehnt sein aus III, 166. In den §§ 167. 167a des dritten Buches ist besonders ins Auge gefaßt der Erwerb durch einen gemeinschaftlichen Sklaven. Diesen Fall lasse ich zunächst ebenfalls beiseite.

Es macht sich hier bei dem Systeme, das den Institutionen des Gajus zugrunde liegt, der Mangel eines Allgemeinen Teiles geltend, wo der Erwerb durch Stellvertreter hätte zusammengefaßt werden können.

51. Fortsetzung. Ausgenommene Personen. II, 95.

Nachdem soeben von den erwerbenden Personen gehandelt, scheint es überflüssig zu sein, der ausgenommenen noch besonders zu gedenken: denn ausgenommen sind selbstverständlich diejenigen Personen, die nicht zu den erwerbenden gehören.

Hier hat indessen eine Regel Schwierigkeiten gemacht, welche sich bei Gajus findet und welche die ausgenommenen Personen unmittelbar betrifft. Sie lautet: per extraneam personam nobis adquiri non posse.

Die Regel findet sich nur bei Gajus. Andererseits begegnen wir häufig einer verwandten Regel: per liberam personam adquiri non potest. Siehe die Stellen bei Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte, Bd. 47 flg. Es taucht demnach die Frage auf: welches Verhältnis zwischen beiden Regeln stattfindet.

1. Was Gajus unter extranea persona versteht, kann füglich nicht zweifelhaft sein, da es sich aus dem Gegensatze, in den er diesen Ausdruck stellt, mit voller Deutlichkeit ergibt. Extranea persona ist diejenige Person, welche weder einer Gewalt unterworfen noch besessen wird. Dabei umfasse ich mit Besitz auch den Nießbrauch. Es ist demnach nicht richtig, wenn Isay, Geschäftsführung S. 332 diesen Begriff für einen bloß wirtschaftlichen erklärt.

2. Was das zeitliche Verhältnis der beiden Regeln zueinander betrifft, so hat Schloßmann, Besitzerwerb S. 53 die Fassung per liberam personam für die ursprüngliche erklärt. Dagegen ist von Isay S. 330 mit Recht hervorgehoben, daß der Inhalt der beiden Regeln sich gar nicht decke. Trotzdem verteidigt Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung, Bd. 2 S. 188 flg. seine Ansicht aufs neue. Er sagt S. 191: ‘Es wäre vom Standpunkte des späteren Rechtes die fortwährende Betonung der libera persona in der zitierten Regel gar nicht zu verstehen, wenn nicht ursprünglich die Beteiligung einer libera persona gerade das punctum saliens gebildet hätte’.

3. Demgegenüber ist indes zu behaupten: daß beide Regeln nicht bloß einen verschiedenen Inhalt haben, sondern daß diese Verschiedenheit auch einmal dem jeweiligen Rechtszustande entsprach. Und zwar ist uns bei Gajus die ältere Anschauung erhalten, während das per liberam personam dem Rechte einer späteren Zeit entspricht.

Diese spätere Zeit ist aber nicht notwendig so zu verstehen, als ob diese Umbildung des Rechtes sich erst nach dem Tode Hadrians bemerkbar gemacht hätte. Gajus trägt auch

sonst in seinen Institutionen Sätze als geltendes Recht vor, deren Unbestrittenheit, um nicht mehr zu sagen, zu damaliger Zeit nicht mehr behauptet werden konnte.

4. Für die Entwicklung, um die es sich hier handelt, kommen namentlich zwei Stellen in Betracht, mit denen ich mich freilich schon beschäftigt habe: Vac. poss., S. 147; Besitz, S. 201. Deren volle Tragweite habe ich damals aber noch nicht erkannt. Es sind dies folgende zwei Stellen:

Pomponius (nicht Paulus) fr. 31 § 2 de usurp. 41, 3. Seruus licet in libertate moretur, nihil possidet nec per eum alius. Atquin si nomine alicuius, dum in libertate moratur, nactus fuerit possessionem, adquiret, cuius nomine nactus fuerit.

Ulp. fr. 34 § 2 de adq. u. am. poss. 41, 2. Seruus quoque meus ignoranti mihi adquiret possessionem. Nam et seruus alienus, ut Celsus (F^2, Vitellus F^1) scribit, siue a me siue a nemine possideatur, potest mihi adquirere possessionem, si nomine meo eam adipiscatur: quod et ipsum admittendum est.

Ein Sklave, der sich im Zustande der Freiheit befindet, besitzt nichts nach Pomponius: weder für sich noch einen anderen. Er kann aber für einen anderen Besitz erwerben: si nomine alicuius . . nactus fuerit possessionem. Der andere wird sofort Besitzer, der Sklave ist es keinen Augenblick gewesen. Vgl. Ulp. fr. 79 de adq. her. 29, 2: neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem adquiritur.

In der zweiten Stelle wird es sich um einen Ausspruch des Celsus handeln, der auch schon im pr. vorkommt. Danach wird nicht bloß durch Sklaven, die sich im Zustande der Freiheit befinden für andere Besitz erworben, sondern auch durch fremde Sklaven, die der andere besitzt. Vorausgesetzt Erwerb im Namen des andern: si nomine meo eam adipiscatur; daß der Besitz am fremden Sklaven ein gutgläubiger war, wird gar nicht gefordert; er brauchte auch gar nicht lange zu dauern. Ein solcher Besitz wird leicht zu beschaffen gewesen sein.

Damit hängt wieder zusammen folgender Ausspruch des Paulus fr. 1 § 19 de adq. u. am. poss. 41, 2. Haec quae de seruis diximus, ita se habent, si et ipsi uelint nobis adquirere possessionem: nam si iubeas seruum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio.

Ihering, Besitzwille, S. 287 benutzt diese Stelle mit bei seinem Verdammungsurteile, das er der Theorie des Paulus zuteil werden läßt. Er kann sich ‘nicht denken, daß die Praxis einer so gänzlich ungesunden Konsequenz seiner Theorie des animus Eingang gewährt hat’.

Gradenwitz, Interpol., S. 220 hält die Stelle für interpoliert.

Es wäre möglich, daß wir hier eine Rechtsbildung aus nachklassischer Zeit vor uns hätten. Jedenfalls wäre dieselbe anzuknüpfen an den Inhalt der beiden vorher erörterten Stellen; und man sieht, wo die Entwicklung hinaus wollte.

Von Haus aus ist für den Erwerb des Herrn durch den Sklaven der Besitz, bzw. das Gewaltsverhältnis entscheidend. Was der Sklave will, ist gleichgültig. Dann wird zugelassen, daß der Sklave auch für andere Freie erwerben kann, sebst gegen den Willen des Herrn. Die alte Auffassung bleibt nur noch insofern bei Bestand, als ein Sklave, der suo nomine handelt, seinem Herrn erwirbt. Eine Stelle dieser Art, wo es sich freilich um eine Obligation handelt, ist z. B. Pomp. fr. 12 de contr. empt. 18, 1: nam si seruus meus nel filius qui in mea potestate est me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille qui contrahit. Haussohn und Sklaven schließen den Kauf auf eignen Namen ab, aber die Gewaltinhaber sind es, quibus adquiritur ex eo contractu actio.

Nach Salkowski, Sklavenerwerb S. 166 Anm. 6 soll der Inhalt der beiden in Frage stehenden Stellen voraussetzen,

daß der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter bereits anerkannt war.

Ich bin im Gegenteil der Ansicht, daß die Entwicklung eine umgekehrte war. Weil man den Besitzerwerb durch gewaltfreie Personen im allgemeinen noch nicht kannte, gelangte man dazu, den Erwerb durch Sklaven über die Gebühr auszudehnen.

Die Bedürfnisse des Lebens verlangten beim Besitzerwerbe die Stellvertretung in großer Ausdehnung. Dem mußte irgendwie Rechnung getragen werden. Es mag Sklaven gegeben haben, die solchen Besitzerwerb geschäftsmäßig vermittelten.

Dabei ist zu erinnern an den weiten Umfang, den das nomine alicuius bzw. nomine meo hatte. Darunter fällt nicht bloß die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Stellvertretung: vgl. Schloßmann, Besitzerwerb, S. 31 flg.; Mitteis, R. P.rt. Bd. 1 S. 205 Anm. 3.

Für den Besitzerwerb, der den Eigentumserwerb mitumfassen konnte, paßte der Ausschluß der extranea persona nicht mehr; so stellte sich denn hier die libera persona ein.

52. Fortsetzung. Gegenstand des Erwerbes. II, 87. 89. 90—92. 95. 96.

1. Als Gegenstand des Erwerbes kommt vor allen Dingen das Eigentum in Betracht. Dazu sind alle Gewaltunterworfenen fähig.

2. Sodann erscheint als Gegenstand des Erwerbes der Besitz.

Bis dahin war bei Gajus nur vom Besitze die Rede, sofern er zur Ersitzung führte, sowie von einem eigenartigen Besitze an Provinzialgrundstücken, auch wohl von einem Besitze als tatsächlichem Zustande bzw. etwas Selbstverständlichem. Daß der reine Besitz auch als Gegenstand des Erwerbes Beachtung verdiene, dessen scheinen sich die Römer erst bei der Stellvertretung voll bewußt geworden zu sein.

Bei diesem Besitzerwerb tauchen Zweifel auf. Das be-

rührt aber den Eigentumserwerb ebenfalls, sofern dieser von einem Besitzerwerbe abhängig ist.

Diese Zweifel gehen zurück auf eine alte Anschauung, wo sich die Begriffe Besitz und Gewaltsverhältnis noch deckten.

Zweifelhaft soll sein der Besitzerwerb durch die uxor in manu bzw. das Hauskind in mancipio. Als Grund wird II, 90 angegeben: quia ipsas non possidemus.

Aehnlich verhält es sich mit dem Sklaven, an dem ein Nießbrauch besteht: II, 93.

Noch zu Ciceros Zeit galt der Nießbraucher als Alleinbesitzer. Diese Vorstellung hat man aber später abgestreift. Vgl. Erkl. 23 unter 10.

3. Weiter begegnen wir II, 87 der Stipulation. Sie scheint erst von einem Nachgajaner hinzugefügt zu sein. Jedenfalls gehört sie noch nicht in diesen Zusammenhang.

53. Fortsetzung. Erwerbsgrund. II, 87. 89. 91. 96.

Als Erwerbsgründe werden vorangestellt die Manzipation und Tradition: II, 87. Daneben wird besonders gedacht der Erbeseinsetzung und des Legates: II, 87. 91. Desgleichen gelegentlich der Ersitzung: II, 89. Beim Erbewerden wird betont die unmittelbare Stellvertretung: nobis adquiritur, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus.

Außerdem heißt es II, 87 allgemein: uel ex aliqualibet causa adquirunt. Dieser allgemeine Satz ist hinübergenommen Gai. fr. 10 § 1 D. 41, 1 und I. I. II, 9 § 3: uel ex qualibet alia causa adquirunt. Und vom tatsächlich Freien sagt in ähnlicher Weise fr. Dos. 5: omnia tamen quasi seruus adquirebat manumissori, uelut si quid stipulabatur uel mancupio accipiebat uel ex quacumque causa alia adquisierat.

Insonderheit wird hingewiesen auf den zivilen Erwerb. Pomp. fr. 53 de adq. rer. dom. 41, 1. Ea quae ciuiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, ueluti stipulationem.

Das stipulationem ist erst späteren Ursprunges. Darauf hat schon hingewiesen Puchta, Inst. § 203 Anm. n. Pomponius schrieb vielleicht mancipio.

Ein anderes Beispiel wäre die adiudicatio, die bei einer Erbteilung vorkommen könnte: Paul. uat. fr. 51.

Die Haupterwerbsgründe sind jedenfalls die beiden von Gajus vorangestellten: Manzipation und Tradition. Ebenso beginnt Ulpian 19, 18: itaque si quid mancipio puta acceperint aut traditum eis sit. Davon ordnet sich die Tradition dem Besitzerwerbe unter, der mich in der folgenden Erklärung näher beschäftigen wird. Hier will ich die Form der Manzipation noch etwas genauer ins Auge fassen; und in Anknüpfung an dieselbe die Frage behandeln: wie verhielt es sich beim Erwerb durch Gewaltunterworfene mit der in iure cessio?

1. Die Manzipatio.

Es ist eine Streitfrage, wie die Worte gefaßt sein mußten, welche der Gewaltunterworfene, insonderheit der Sklave, zu sprechen hatte, der für den Gewaltinhaber mittelst Manzipation erwerben wollte.

Daß sie auf den Namen des Gewaltinhabers lauten konnte, ist nach III, 167 nicht füglich zu bezweifeln. Insofern wird man zustimmen müssen Ihering, Geist, Bd. 2[3] S. 534 Anm. 693, wie Mandry, Fam.rt. Bd. 1 S. 60. Es erhebt sich aber die Frage: ob dies nötig war.

Ihering begnügt sich zwar mit einem allgemeinen aio rem domini esse, ohne daß der Herr mit Namen genannt wäre; verwirft aber ein aio rem meam esse. 'Letztere Fassung hätte eine Ungenauigkeit oder richtiger Unwahrheit enthalten.' Ihm folgt Mandry.

Dagegen beruft sich Salkowski, Sklavenerwerb, S. 74 Anm. 2 für die Möglichkeit eines rem meam esse als Aeußerung des Sklaven auf Pomp. fr. 6 de stip. seru. 45, 3 und Ulp. fr. 25 § 1 de usu fructu 7, 1.

Erman, Seruus uicarius, S. 470 Anm. 1 gibt zu, daß sich beide Stellen unter dieser Voraussetzung besser erklären lassen: 'Il faut avouer que ces textes s'expliquent mieux.' Aber aus sachlichen Gründen glaubt er doch, sich mit einer allgemeinen Fassung domini esse zufrieden geben zu können.

Dagegen erkennt Eisele, Z. R.G. Bd. 39 S. 80 flg. die Beweiskraft des angeführten fr. 25 § 1 unumwunden an: 'der Sklave habe gesprochen aio hunc hominem meum esse ex iure Quiritium'; und glaubt auch nicht, daß dieser Annahme 'unüberwindliche Schwierigkeiten im Wege stehen'.

Es verhält sich mit Manzipation nicht viel anders als mit der Stipulation. Nach Julian fr. 1 pr. de stip. seru. 45, 3 konnten die Stipulationen entweder auf den Namen des Sklaven oder des Herrn gestellt sein oder den Namen des Gläubigers ganz fortlassen. Die Stipulation auf den Namen des Herrn werden wird als die jüngere Rechtsbildung betrachten können und eine Stipulation ohne Namen als ein Versprechen auffassen dürfen, das der Sklave entgegennahm. So kämen wir zu der ganz natürlichen Anschauung: ein Sklave läßt sich versprechen.

Diese natürliche Auffassung ist den Römern keineswegs verloren gegangen. Noch bei Ulpian fr. 41 de pec. 15, 1 wird sie dem was Rechtens gegenübergestellt: Nec seruus quicquam debere potest nec seruo potest deberi, sed cum eo uerbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. Itaque quod seruo debetur, ab extraneis dominus recte petet, rel.

Was die gerichtliche Geltendmachung einer solchen Stipulation anbetrifft, so beschäftigt sich Gajus IV, 53d in einem anderen Zusammenhange mit einer Regel, die so lautet: sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

Wenden wir diese Regel auf unseren Fall an, so würden wir zu einer Intentio von etwa folgender Fassung gelangen: si paret Lucium Titium Sticho seruo decem dare oportere.

Da nun aber von Rechts wegen einem Sklaven nichts geschuldet werden konnte, wird auch wohl irgendwie auf den wirklichen Gläubiger hingewiesen sein. Vielleicht bediente man sich dazu einer Präskriptio: ea res agatur, quod Stichus A^i A^i seruus de Lucio Titio stipulatus est. Vgl. Präskriptio und Paktum S. 59.

So wird man sich auch wohl bei einer Manzipation, die anhub mit einem Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio eines Sklaven zu helfen gewußt haben und bei Abfassung der formula petitoria für den Herrn nicht in Verlegenheit geraten sein.

2. Die in iure cessio.

Vor allen Dingen haben wir uns hier mit dem Inhalte von II, 96 abzufinden; in Kürze bin ich darauf schon eingegangen Erkl. 17 S. 132. Dem Satze in II, 96 'cum istarum personarum nihil suum esse possit, conuenieus est scilicet ut nihil suum esse in iure uindicare possint', fügt Ihering hinzu, 'ut nihil suo nomine mancipio accipere possint'; und glaubt damit beweisen zu können: daß der durch Manzipation für den Gewaltinhaber erwerbende Gewaltunterworfene nicht gesagt habe 'aio rem meam esse'.

Diese Beweisführung trifft nicht den zu beweisenden Satz, sondern zielt vorbei. Daraus, daß ein Gewaltunterworfener nicht für sich durch Manzipation erwerben kann, folgt keineswegs, daß er auf diese Weise nicht hätte für den Gewaltinhaber erwerben können; und noch viel weniger irgend etwas für die Form, in welcher sich dieser Erwerb vollzogen hätte.

b) Daß sich aus II, 96 nichts entnehmen läßt, wie die 'Rechtsbehauptung lauten kann oder muß', wenn Gewaltunterworfene für den Gewaltinhaber durch Manzipation erwerben: hat schon Eisele mit Recht hervorgehoben. Aber Eisele hat meines Erachtens den Inhalt der Stelle nicht richtig wiedergegeben. Der Inhalt soll nach Eisele folgender sein: 'weil diese Personen eigene Rechte nicht haben können, können sie nicht als Kläger auftreten; und weil sie dies nicht können,

können sie ihren Gewalthabern mittelst in iure cessio nicht erwerben'.

Auf diese Weise ist Verschiedenes in die Stelle hineingelegt, was nicht dasteht. Es ist nur gesagt: weil diese Personen kein Eigentum (nihil suum esse) haben können, können sie auch nichts als Eigentum (nihil suum esse) vindizieren. Es ist also nicht allgemein von Rechten, sondern nur von Eigentum die Rede; ferner nur von einem Vindizieren für sich, nicht für andere.

Man müßte also schon Weiteres hinzunehmen, um die Stelle nach der Richtung hin beweiskräftig zu machen, die Eisele vorschwebt. Das tut denn auch Eisele: der Vindikationsakt erfordere 'Parteifähigkeit'; Gewaltunterworfene könnten 'nicht als Kläger auftreten'.

Lassen wir zunächst einmal die Sklaven beiseite treten. Es bleiben noch andere Gewaltunterworfene übrig, vor allen Dingen der Haussohn. Warum sollte z. B. ein Haussohn nicht eine Vormundschaft vindizieren dürfen? Unsere Stelle stände dem jedenfalls nicht im Wege: handelt es sich hier doch gar nicht um Eigentum, sondern um ein anderes Recht, und zwar ein als sein eigenes vom Sohne in Anspruch genommenes. Vgl. Erkl. 48 unter 2[a].

Und wenn ein Haussohn kein Eigentum haben kann, kann er doch Eigentum seinem Gewaltinhaber erwerben: warum also nicht auch auf dem Wege der in iure cessio?

Antwort: weil eine legis actio auf klägerischer Seite nur ausnahmsweise eine Stellvertretung zuläßt.

Das ist richtig für die alte streitige legis actio. Traf das aber auch zu für die freiwillige legis actio der späteren Zeit? Wenn ein Haussohn sich einer Vindikation im Auftrage seines Vaters gegenüberstellen konnte, um die Freilassung eines Sklaven zu bewirken, so sieht das nicht so aus: als ob man bei der in iure cessio die alten Schranken, welche für die streitige legis actio maßgebend waren, beachtet hätte.

Insonderheit ist zu bedenken, worauf das gegenüberstehende

cedi hinweist: daß sich das uindicare in unserer Stelle gar nicht bezieht auf einen Rechtsstreit, sondern ein einfaches Beanspruchen. Vgl. wegen dieser Bedeutung Heumann-Seckel Vindicare unter 2.

c) Es bleibt demnach eine offene Frage: können Gewaltunterworfene auf dem Wege der i. i. c. für ihre Gewaltinhaber Eigentum erwerben oder nicht? Und da es sich hier nicht um einen Prozeß handelt, nicht einmal zum Scheine, sondern um ein Rechtsgeschäft, wäre es vielleicht nicht zu kühn: was im allgemeinen von Rechtsgeschäften gilt, auch hier zur Anwendung zu bringen.

Nun sind wir II, 87 dem Satze begegnet, der auch anderweitig bestätigt wird: daß Gewaltunterworfene ex aliqualibet causa dem Gewaltinhaber Eigentum erwerben. Warum also nicht auf dem Wege der i. i. c.?

Insonderheit wird von Pomponius fr. 53 de adq. rer. dom. 41, 1 hingewiesen auf den zivilen Erwerb. Hierher gehört nach II, 65 aber auch die i. i. c.

Besondere Beziehungen müssen obgewaltet haben zwischen der Manzipation und der Einräumung vor dem Prätor. Denn wir stoßen II, 22 auf eine Regel Quod ualet mancipatio idem ualet et in iure cessio. Demnach ging hier der Erwerb wohl in gleicher Weise vor sich, wie bei der Manzipation.

Bei der Manzipation sprach der Gewaltunterworfene aio hunc hominem meum esse ex iure Quiritium; und konnte auf diese Weise zwar nicht für sich, aber dem Gewaltinhaber erwerben. Ebenso könnte man zu Werke gegangen sein bei der Einräumung vor dem Prätor.

d) Ich will indessen auch die Bedenken nicht verschweigen, die hier auftauchen.

Die beiden Hauptrechtsgeschäfte, mittelst welcher sich der Eigentumserwerb der Gewaltunterworfenen für die Gewaltinhaber vollzieht, sind nach Gai. II, 87 und Ulp. 19, 18 Manzipation und Tradition. Der i. i. c. wird nicht besonders gedacht.

Zur Erklärung könnte man heranziehen: Gai. II, 25: plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Es sieht auch fast so aus, als ob ein besonderes Bedürfnis für die Uebertragung des quiritischen Eigentums durch i. i. c. nicht mehr vorhanden gewesen wäre, seitdem Grundstücke manzipiert und an res nec mancipi durch Tradition quiritisches Eigentum erworben werden konnte: vgl. Karlowa, R. R.G. Bd. 2 S. 383. Bei der noxae deditio scheint man aber doch die i. i. c. bevorzugt zu haben: Rtsgel. Gaj. S. 171.

Noch bemerkenswerter ist vielleicht bei Pomp. fr. 13 de manumissionibus 40, 1 das dubitationis tollendae causa. Hier soll ein adgnatus curator die Freilassung eines dem Geisteskranken gehörigen Sklaven in der Weise herbeiführen, daß er diesen Sklaven einem andern manzipiert mit der Auflage, ihn freizulassen. Der nächste und einfachste Weg wäre natürlich gewesen, wenn der adgnatus curator den Sklaven selber uindicta freigelassen hätte. Aber die Stabfreilassung erschien doch bedenklich. Dies mag sich erklären aus der Abneigung der römischen Rechtsgelehrten gegen die unmittelbare Stellvertretung. Daß der adgnatus curator Sachen des Geisteskranken manzipiere, wird festgelegt gewesen sein durch die Zwölftafelgesetzgebung: II, 64. Darüber konnte man nicht hinaus. Anders verhielt es sich wohl mit der i. i. c.: vgl. Erkl. 38. Man fängt an, deren Zulässigkeit in den Fällen einer Stellvertretung zu bezweifeln.

So hätte man dahin gelangen können, die i. i. c. in Fällen einer Stellvertretung beim Eigentumserwerb überhaupt auszuschließen, selbst beim Erwerb der Gewaltunterworfenen für den Gewaltinhaber. Ich stelle dies aber nur hin als die Möglichkeit einer späteren Entwicklung.

e) Von dem Erwerb einer Dienstbarkeit handelt eine Stelle Javolens fr. 12 de seru. 8, 1, die vielleicht mehr Beachtung verdient, als ihr bisher zuteil geworden. Sie lautet: Non dubito, quin fundo municipum per seruum recte seruitus adquiratur.

Ihering, Geist, Bd. 2 [3] S. 534 verbindet diese Stelle mit Paul. uat. fr. 51 und gelangt zu folgendem Satze: 'Personen in der Gewalt konnten ihrem Herrn durch Rechtsgeschäft keine Personal- und Urbanalservituten erwerben, wohl aber Rustikalservituten'. Der Satz erscheint ihm freilich 'seltsam' und vom Standpunkt des materiellen Rechts aus 'schlechterdings nicht begreiflich.' Ihering glaubt ihn aber in folgender Weise erklären zu können: 'Rustikalservituten waren res mancipi, Urbanalservituten res nec mancipi; jene konnten durch mancipatio, diese nur durch in iure cessio erworben werden; jenen Akt konnten auch Personen in der Gewalt vornehmen, diesen nicht.'

Es ist aber doch wohl fraglich, ob wir bei unserem fr. 12 lediglich an Rustikalservituten zu denken haben.

Die Kompilatoren haben die Stelle jedenfalls in einem allgemeineren Sinne genommen, da sie dieselbe dem Titel De seruitutibus eingereiht haben.

Dasselbe könnte aber auch schon die Meinung des Javolen gewesen sein.

Er spricht nicht von einem praedium rusticum, sondern bedient sich des allgemeineren Ausdruckes fundus. Vgl. Iauol. fr. 115 de uerb. sign. 50, 16: 'Fundus' est omne, quidquid solo tenetur. Florent. fr. 211 ebenda: 'Fundi' appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. Freilich bildet fundus auch anderswo einen Gegensatz zu aedes: II, 42.

Mit recte wird hingewiesen auf einen zivilen Entstehungsgrund im Gegensatz zur Tradition. Wir finden ihn auch sonst gebraucht, wo eine Rustikalservitut durch Manzipation erworben wird: African. fr. 32 de seru. pr. rust. 8, 3 (Lenel 64); ders. fr. 33 pr. ebenda (Lenel 112); ders. fr. 46 § 1 de eu. 21, 2 (Lenel 63). Hierauf sind wir indes nicht beschränkt. Die in iure cessio bringt uns Julian fr. 4 de aqua cott. 43, 20: sicut iter actus uia pluribus cedi uel simul uel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur.

Wir haben demnach den allgemeinen Ausdruck fundus, ferner ein recte, das die i. i. c. mitumfaßt; es läßt sich also wohl die Frage aufwerfen: warum hätte denn ein Gemeindesklave nicht vor dem Prätor eine Gebäudedienstbarkeit erwerben können?

Die Prozeßfähigkeit gebrauchen wir nicht, da ein Rechtsgeschäft in Frage steht. Es kann sich nur um Anwendung der Grundsätze De postulando 3, 1 handeln. Unter den Personen, die der Prätor zurückweist, sind aber die Sklaven hier nicht genannt. Der Prätor verhandelt auch sonst mit Sklaven. Vgl. Ulp. fr. 2 rem pup. 46, 6: Si pupillus absens sit uel fari non possit . . profecto dicemus seruum publicum apud praetorem stipulari debere. Hier erscheint ein Gemeindesklave vor dem Prätor, um einem Kinde als negotiorum gestor eine Stipulationsforderung zu verschaffen. Dazu bedarf es eines Umweges, indem zunächst die Gemeinde erwirbt. Es heißt bei Ulp. fr. 4 pr. ebenda: sed ut utilis actio ex stipulatu pupillo detur. Sollte ein solcher Gemeindesklave unfähig gewesen sein, seiner eigenen Gemeinde eine Gebäudedienstbarkeit zu erwerben?!

Wir sind hier auf ein Gebiet geraten, das sich für uns fast vollständig in Dunkel hüllt. Wir können uns nicht anders vorstellen, als daß die Erwerbsgeschäfte einer Gemeinde vorzugsweise durch deren Sklaven zum Abschluß gelangten. Mommsen, R. Staatsrt. Bd. 1 [3] S. 185 hält es sogar für möglich, daß der Gemeindesklave, 'soweit ein von ihm abgeschlossener Vertrag die Gemeinde zur Partei machte', sie selber gerichtlich vertreten habe.

Im übrigen verweise ich wegen der Gemeindeverhältnisse auf Societas publ. S. 311 flg. Vom Erwerb durch Gemeindesklaven ist hier gehandelt S. 354. Vgl. ferner Mitteis, R. Pr.rt. Bd. 1 S. 376 flg.; Siro Solazzi, Dottrina Romana dell' acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti, 1911, pag. 47 flg.

54. Fortsetzung. Besitzerwerb durch freie Stellvertreter. II, 95.

Der Besitzerwerb durch Sklaven ist nicht beschränkt geblieben auf Sklaven in der Gewalt des Erwerbers, sondern ausgedehnt worden auf Sklaven, die sich im Zustande der Freiheit befanden, sowie auf fremde Sklaven. Siehe darüber Erkl. 51.

Hieran reiht sich der Besitz durch den Prokurator, der regelmäßig dem Stande der Freigelassenen angehörte, auf dessen Verhältnis zu seinem Herrn noch sein früherer Sklavenstand von Einfluß war. Siehe darüber Vac. Poss. S. 213. 214.

Noch zu Neratius' und Gajus' Zeiten war es zweifelhaft: ob man durch einen Prokurator Besitz erwerben könne. Wegen Neratius ist zu verweisen auf fr. 41 de usurp. 41, 3, und II, 95 wird in dieser Weise zu ergänzen sein.

Was damals noch zweifelhaft war, ist zu Paulus' Zeiten feste Praxis geworden: sent. 5, 2 § 2.

Mit diesem Prokurator sind andere Generalvertreter wie tutor und curator auf gleiche Stufe gestellt worden: Neratius fr. 13 § 1 de adq. rer. dom. 41, 1; Paul. fr. 1 § 20 de adq. uel am. poss. 41, 2.

Weiter war man aber im Jahre 294 noch nicht gekommen: c. 8 de adq. et ret. poss. 7, 32.

Mit dem Besitzerwerb durch einen Vormund beschäftigt sich eingehend Siro Solazzi, Dottrina Romana dell'acquisto del possesso, pag. 4—47.

Als solche Generalvertreter treten uns in c. 2 C. Th. de pign. 2, 30 und c. 1 C. Th. quod iussu 2, 31, beide vom Jahre 422, neben seruus und procurator in anderer Beziehung entgegen: colonus, actor, conductor. Ebenso erscheint c. 1 C. Th. de pec. 2, 32, demselben Gesetze entnommen, wie die zuletzt angeführte Stelle, beide = c. 13 quod cum eo C. I. 4, 26 vom 11. Juli 422, neben seruus und procurator ein actor. Und in c. 3 § 3 de emph. iure C. I. 4, 66 vom

Jahre 530 stoßen wir auf einen conductor neben einem procurator.

So könnten auch beim Besitzerwerbe neben dem Prokurator außer dem tutor und curator zunächst andere Persönlichkeiten zugelassen sein, die besondere Beziehungen zu dem Erwerbenwollenden hatten.

Jedenfalls hat diese Entwicklung ihren Abschluß gefunden in dem Satze des Justinianschen Rechtes: per liberam personam adquiri possessionem.

Dieser Satz tritt uns in folgenden Stellen entgegen, die sämtlich interpoliert sind.

I. I. II, 9 § 5: per liberam personam ueluti per procuratorem placet . . uobis adquiri possessionem. Bei Gajus II, 95 heißt es statt dessen: tantum de possessione quaeritur, an pe(r procuratorem) nobis adquiratur.

Ulp. fr. 14 § 17 de furtis 47, 2: quia per liberam personam possessio quaeri potest.

Ulp. fr. 20 § 2 de adq. rer. dom. 41, 1: quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse.

Ulp. fr. 11 § 6 de pign. act. 13, 7: constitutum est ab imperatore nostro posse per liberam personam possessionem adquiri.

Ulp. fr. 2 de adq. uel am. poss. 41, 2: per seruum et per liberam personam adquiratur.

c. 1 de adq. et ret. poss. 7, 32 vom Jahre 196: Per liberam personam . . adquiri possessionem.

c. 1 pr. per quas pers. 4,27 vom Jahre 290: Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse.

In diesen zuletzt aufgeführten sechs Stellen ist überall per liberam personam an Stelle von per procuratorem getreten.

Allen diesen Stellen habe ich Vac. Poss. S. 221 ferner angereiht Pomp. fr. 53 de adq. rer. dom. 41, 1: quod

naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet uolentibus nobis possidere adquirimus.

Diese Ansicht habe ich aber zurückgenommen Besitz S. 219 flg.

Aeußerlich fällt schon auf, daß uns hier gar keine libera persona entgegentritt; es heißt vielmehr per quemlibet.

Ferner ist hinzugefügt uolentibus nobis. Es kommt also nur auf den Willen des Erwerbenwollenden und des Veräußerers an; der Wille des quilibet ist gleichgültig.

Es handelt sich hier gar nicht um einen Besitz durch Stellvertreter, sondern durch Gehülfen. Ich habe davon ausführlich gehandelt Besitz S. 211 flg. Ein Beispiel dieser Art bietet z. B. dar der mercennarius bei Ulp. fr. 6 de don. 39, 5, von dem es heißt: si mercennarius meus exemit, mihi exemit. Vgl. in dieser Beziehung auch Mitteis, Pr.rt. Bd. 1 S. 212 Anm. 28: 'das wird offenbar gar nicht als Erwerb durch Stellvertreter empfunden'.

55. Schluß. Die Darstellung bei Ulp. 19, 18—21.

Daß zwischen den Institutionen des Gajus und dem liber singularis regularum des Ulpian irgendwie Beziehungen obwalten müssen, ist kaum zweifelhaft. Eine Streitfrage besteht aber nach der Richtung: ob Ulpian die Institutionen des Gajus unmittelbar benutzte, oder ob die Darstellungen beider auf eine gemeinschaftliche Quelle zurückgehen. Zu der letzteren Annahme sind diejenigen genötigt, welche überhaupt leugnen, daß Gajus von späteren Klassikern benutzt worden. Da aber dies nicht recht glaubwürdig, steht jedenfalls insofern nichts im Wege, sich für eine unmittelbare Benutzung der Gajanischen Institutionen durch Ulpian zu entscheiden. Und hierzu wird man um so eher geneigt sein, als die Anhaltspunkte, welche für eine gemeinsame Quelle bisher geltend gemacht wurden, kaum von ausschlaggebender Bedeutung sein dürften. Vgl. über diese Frage Rtsgel. Gaj. S. 28 flg.

Mit Erledigung dieses Punktes wäre aber das zwischen beiden Lehrbüchern obwaltende Verhältnis noch keineswegs nach

allen Richtungen hin klargestellt. Ulpian hätte die Institutionen des Gajus zwar benutzt, sie sind aber gleichzeitig von ihm weiter ausgebaut worden. Sein liber singularis enthält Abschnitte und einzelne Zusätze, die bei Gajus fehlen. So handelt Ulpian tit. 2 de statu liberis und tit. 6 de dotibus: beide Gegenstände werden von Gajus in seinen Institutionen nicht erörtert. Ferner finden wir bei Ulp. 19, 16. 17 den Eigentumserwerbsarten hinzugefügt die adiudicatio und lex. Weitere Beispiele dieser Art siehe bei Huschke, S. K. Iurispr. antei. Bd. 1 S. 437.

Nun enthält andererseits die Veroneser Hs. nicht bloß die Gajanische Umarbeitung, sondern auch nachgajanische Zusätze. Woher sind diese genommen? Zum Teil könnten sie wieder entlehnt sein der Erweiterung, welche die Institutionen des Gajus durch den liber singularis erfahren hatten.

Zu dieser Ansicht bestimmt mich, wenn ich den Erwerb durch Stellvertreter bei Gajus II, 86—96 mit der Darstellung bei Ulp. 19, 18—21 vergleiche.

Hier scheinen mir bei Gajus deutliche Anhaltspunkte dafür gegeben zu sein: daß dem § 87 später eingefügt wurde siue quid stipulentur, und daß der ganze § 88 erst spätern Ursprunges. Andererseits findet sich aber auch bei Ulp. 19, 18 uel stipulati fuerint, und ebenso entspricht Gai. II, 88 dem § 20 bei Ulpian.

Derartige Stellen werden sich uns im Verlaufe noch weiter darbieten.

Uebersicht.

Grundstock.

3. Diuini iuris sunt res sac⟨rae⟩ et religiosae. **4.** Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis manibus relictae sunt.

9. Quod autem ⟨di⟩uini iuris est, id nullius in bonis est. **10.** Hae aut, quae humani iuris sunt, ⟨res pu⟩blici sunt aut priuatae.

11. Quae publicae sunt, nullius in bonis sunt; priuatae sunt, quae singulorum hominum sunt[1]).

12. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. **13.** Corporales hae, quae tangi possunt: uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum. **14.** Incorporal⟨es sunt⟩ q⟨uae⟩ tangi non possunt. Qualia sunt ea, quae iure consistunt: sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem per⟨tinet, quod in hereditate res corporales con⟩tinentur; et fructus, qui ex fundo percipiunt⟨ur⟩, corporales ⟨sunt⟩; et quod ex aliqua obligatione nobis debe⟨tur, id⟩ plerumque corpo⟨rale est, ueluti⟩ fundus, homo, pecunia[2]).

14a. Es⟨t et alia rerum diuisio: nam aut mancipi sunt aut⟩ nec mancipi. Mancipi sunt ⟨praedia, quali⟩s ⟨est fundus in Italico solo⟩, item aedes in Italico solo. ⟨Serui quoque et animali⟩a, ⟨quae dor⟩s⟨o colloue domantur, ueluti boues, equi, muli, asini, mancipi sunt⟩. **16.** Ferae bestiae nec mancipi sunt, uelut ursi, leones; item ea animalia,

---

1) Vgl. Erkl. 10 S. 119.
2) Vgl. Erkl. 13 S. 122.

quae fere bestiarum numero sunt, ueluti elephanti et cameli. **17.** Item omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt.

18. Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi. **19.** Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. **20.** Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eiusdem dominus sim.

22. Mancipi uero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur.

Quod autem ualet mancipatio, ⟨idem ualet et in iure cessio⟩.

24. In iure cessio autem hoc modo fit. Apud magistratum populi Romani uel praetorem urbanum aut peregrinum is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit 'hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio'; deinde postquam hic uindicaue⟨rit, praetor inter⟩rogat eum qui cedit, an contrauindicet: quo negante aut tacente tunc ei qui uindicauerit eam rem addicit. Idque legis actio uocatur.

26. Quodsi neque mancipata neque in iure cessa sit res mancipi, ⟨sed tantum tradita, eius permanebit qui tradidit, donec possidendo usucapta sit . . . . . . quamuis domini ex iure Quiritium non efficiantur ta⟩men plena possessio concessa ⟨est et in rem actio datur⟩ ex formula, qua hi qui⟨dem utuntur, qui . . . .⟩ **27.** Italici soli nexum esse, prouincialis soli nexum non esse.

29. Iura praediorum urbanorum in iure cedi possunt, rusticorum uero etiam mancipari possunt. **30.** Usus fructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis ali usum fructum in iure cedere potest, ut ille usum fructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino

proprietatis usum fructum efficit, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem; ali uero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet.

32. Usus fructus et hominum et ceterorum animalium constitui potest[1]. 33. Quod autem diximus usum fructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quod is etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse usus fructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium usus fructus, apud alium proprietas sit.

34. Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit.

38. Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri: quae dicitur nouatio obligationis.

42. ⟨Usucapio autem, quae est quibusdam casibus concessa,⟩ mobilium quidem rerum anno completur, fundi uero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est.

45. Sed aliquando illa usacapio non procedit: nam rem furtiuam lex XII tabularum usucapi prohibet.

47. Res mulieris, quae in agnatorum tutela sunt, usucapi non possunt, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traderentur[2].

49. Quod ergo uulgo dicitur furtiuarum rerum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut n⟨e ipse⟩ f⟨ur⟩ usucapere ⟨pos⟩sit; sed nec

---

1) Vgl. S. 11 Anm. 2.

2) Siehe Erkl. 29 unter 3 S. 172.

ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapere ius habeat. **50**. Si heres rem defuncto commodatam aut locatam uel apud eundem positam existimans eam esse hereditariam uendiderit aut donauerit, furtum non committit.

52. Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat: si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit. Quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur. **53**. Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur. **56**. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucratiua uocatur: nam sciens quisque rem alienam lucri facit.

59. Qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, et soli si sit. Quae species usucapionis dicitur ususreceptio. **60**. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo conpetit ususreceptio; si uero cum creditore soluta quidem pecunia omnimodo conpetit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucratiua ususcapio conpetit.

61. Item si rem obligatam sibi populus uendiderit eamque dominus possiderit, concessa est ususreceptio: sed hoc casu praedium biennio usu recipitur. Et hoc est quod uolgo dicitur: ex praediatura possessionem usu recipi. Nam qui mercatur a populo praediator appellatur.

64. Agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest.

86. Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipioue habemus.

87. Igitur liberi nostri, quos in potestate habemus; item quod serui nostri mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur, uel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur. Ipse enim qui in potestate nostra est nihil suum habere potest.

89. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio.

90. Per eas uero personas, quas in manu mancipioue habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt.

Schreibweiſe der Veroneſer Handſchrift.

Einzel- und Doppelbuchſtaben.

a ſtatt o	66, 24 uacatur ſtatt uocatur.
b ſtatt bb	75, 3 ibonitibus ſtatt ibb- = iub-.
c ſtatt ch	58, 2; 63, 11 scolae ſtatt scholae.
c ſtatt k	72, 19 collirium ſtatt κολλ-.
e ſtatt ae	57, 7 aedes = aut aedes.
f ſtatt ph	58, 8 elefanti ſtatt elephanti.
i ſtatt ii	63, 2 hereditari ſtatt -tarii.
	63, 6 ali ſtatt alii.
	63, 10 necessaris ſtatt -riis.
i ſtatt y	72, 19 collirium ſtatt κολλύριον.
ii ſtatt i	62, 12 iis ſtatt is.
	69, 14 iiure ſtatt iure.
	71, 7 iille ſtatt ille.
i fällt aus	61, 2 exmendus ſtatt eximendus.
	62, 2 qus ſtatt quis.
i ſchiebt ſich ein	58, 21 aurium ſtatt aurum.
	64, 1 procuratior ſtatt -tor.
	70, 14 desieruerint ſtatt deser-.
	73, 18 suios ſtatt suos.
	75, 3 ibonitibus ſtatt iubent-.
mm ſtatt m	58, 24 simm ſtatt sim.
m fällt aus	65, 14 lege ſtatt legem.
	73, 22 -a ſtatt -am.
	75, 3 -te ſtatt -tem.
n ſtatt nn	56, 19 inumerauiles ſtatt innumerabiles.
	65, 8 usucapio n̄ ſtatt usucapion. n̄ = usucapionem non.
n fällt aus	70, 12 occupatium ſtatt -pantium.
	77, 3 conuenies ſtatt conueniens.

n überflüssig	63, 13 existant statt -stat.
	71, 24 inmaginem statt imag-.
o statt u	71, 11 promento statt frum-.
o fällt aus	76, 10 aliqui statt alioqui.
s statt ss	55, 23 iuri sunt statt iuris sunt.
	64, 12 usucapia semel statt -pias semel.
	66, 8 aliquisine statt aliquis sine.
	66, 22 posiderit statt possiderit.
	74, 1 pupillisine statt pupillis sine.
ss statt s	76, 17 nostros subiectos statt nostro subiectos.
s fällt aus	64, 20 ea statt eas.
	72, 9 subripuisse tabulam statt -isses tab-.
	75, 8 bonie statt bonis est.
	75, 17 ipsa statt ipsas.
tt statt t	59, 16 negantte statt negante.
t fällt aus	62, 5 sipulationibus statt stip-.
	63, 7 agi statt agit.
u statt uu	61, 22 sum statt suum.
	72, 14 tum statt tuum.
uu statt u	70, 21 uuolgo statt uolgo.

Vertauschung von Buchstaben.

c statt e	69, 23 ccp statt cep = ceper.
	73, 18 cssc statt esse.
	76, 5 cum statt eum.
e statt s	55, 24 iurie statt iuris.
o statt e	75, 3 ibonitibus statt iubent-.
p statt f	71, 11 promento statt frumento.

Ausfall eines Vokales, wenn ein Wort mit einem Vokale endet und das folgende mit einem Vokale beginnt, Elision.

65, 10 traditaessent statt -ditae essent.
69, 20 quiantea statt quia antea.
70, 19 nostrodicit statt nostro adicit.
73, 4 quiextincta statt quia extincta.

Endbuchstaben, die für voraufgehende Wörter in Betracht kommen.

59, 1 prouinciali praedia statt -cialia praedia.
69, 22 fera uestiam statt feram bestiam.

Abkürzungen.

59, 12 $\overline{pr}$ = peregrinum.
63, 4 i = iure.
64, 4 ill. = illa.
65, 11 m f = manifestum.
71, 23 edi = ex diuerso.
72, 8 $\overline{b\,f}$ = bona fide.
73, 7 $\overline{R}$ $\overline{U}$ = Regula quinta.
73, 9 s t a = sine tutore auctore.
74, 1 $\bar{s}$ $\bar{p}$ t $\bar{a}$ = sine praesente tutore auctore.

Vertauschung von Abkürzungen.

64, 5 $\bar{q}$< statt $\bar{q}$ = Quiritium.
69, 19 ū statt q̄ = quae.
70, 16 q statt q = quod.
74, 10 y = ctio statt io.
74, 17; 75, 8 pro statt per.
72, h' statt $\bar{h}$ = heres.
76, 3 q· statt q = quod.

Falsche Auflösung.

58, 6 quia für qua.

Deklination.

71, 21 librus Akk. Pluralis.

Konjugation.

68, 22 appellat statt appellatur.
69, 22 capiunt statt capiuntur.
58, 1 putantur statt putant
61, 23 retinetur statt retinet.
62, 7 recipiuntur statt recipiunt.
63, 14 appareuitur statt apparebit.
65, 5 possideatur statt possideat.
66, 16 nocetur statt nocet.
71, 3 possidentur statt possident.
71, 8 ceditur statt cedit.
71, 20 ceduntur statt cedunt.

Auslassungen.

56, 17 incorporales statt incorporales corporales.
61, 16 na statt nam.

62, 23 heretem statt hereditatem.
65, 16 ali statt alia.
66, 4 urtum statt furtum.
72, 11 proin statt proinde.
74, 22 seruii statt serui nostri.
76, 5 usucepit statt usuceperit.

Sonstige Fehler.

58, 4 minimiam statt nimiam.
64, 18 ceterarum statt ceterum.
67, 22 usucapionem statt -nes.
67, 24 esset et statt esset.
70, 3 perceperit statt fera receperit.
72, 15 argumento statt argento.
74, 24 ipsenenim statt ipse enim.
76, 19. 20 Die Hs. wiederholt item per alienos seruos, in quibus neque usum fructum.

Besserungen in der Handschrift.

66, 17 furti fundum umgestellt zu fundi furtum.
70, 6 an ersetzt durch in.

Stellenverzeichnis.

Textbemerkungen.

Seite

Cic. ad Att. 4, 2 § 3.
Das handschriftliche nuntiant ist zu halten 55

Cic. ad Att. 13, 50 § 2.
Hinter pro mea parte wird ausgefallen sein: et remancipari pro mea parte 240

Cic. de legibus 2, 19 § 49.
Ob eine Aenderung des ut si is qui erforderlich? 191

Cod. 4, 27 per quas pers. c. 1 pr.

Cod. 7, 32 de adq. et ret. poss. c. 1.

Seite

		Seite
Front. 36, 3.		
	Das et stipendiarios gehört noch zum Voraufgehenden . .	97
I. I. II, 1 § 37.		
	Die Worte statim naturali iure dominii sunt fructuarii dürften auf Interpolation beruhen	138
Sin. schol. 49.		
	Dem legis ist kein actionis hinzuzufügen	242
Vat. fr. 1.		
	Dem sine tutoris auctoritate wäre vorzusetzen: Qui a quolibet rem mulieris emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit; at qui	174
Vat. fr. 51.		
	Hinter posse uel ist einzuschieben: mancipatione, ut Pomponius putat; sed per	248
Vat. fr. 90.		
	Hinter datur ist eine Lücke anzunehmen und etwa so zu ergänzen: ⟨unde in eum, quia non possidet, utile quoque quod legatorum uel⟩uti tale concipiendum est	162

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 4125